

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

37

Diciembre

Año 2010

REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES. 1. Subdivisiones intermedias. A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.

3. El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un **RESUMEN** y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.

4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Cívitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione Della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

6. Los originales se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.

8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

Suscripciones: Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 26 B, local, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Presidencia

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z. 730-93

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

SUMARIO

RArAP núm. 37 (2010)

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i>	7
ESTUDIOS	
D. FERNÁNDEZ DE GATTA: <i>Expropiación forzosa y obras públicas de carreteras: legislación histórica y régimen vigente</i>	11
J. TUDELA ARANDA: <i>Las bases del régimen local tras los estatutos de segunda generación y la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010</i>	63
M. A. BERNAL BLAY: <i>La colaboración público-privada institucional</i>	93
M. C. DE GUERRERO MANSO: <i>La clasificación del suelo urbano en el contexto urbanístico actual de regeneración de la ciudad</i>	139
DEBATES	
E. CEBRIÁN ZAZURCA: <i>La razón o la historia. Reflexiones en torno al término nacionalidades en la Constitución española y a las sucesivas definiciones de Aragón en su Estatuto de Autonomía</i>	187
J. B. LORENZO DE MEMBIELA: <i>El miedo o «terribilita» en la gerencia</i>	225
A. BOTO ÁLVAREZ: <i>La exención de garantías procesales como privilegio de la Administración: el nuevo depósito para recurrir en la Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	239
L. LATORRE VILA: <i>El control parlamentario de las empresas públicas en Aragón</i> ...	259
F. J. VÁZQUEZ MATILLA: <i>Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible</i>	317
S. CASTEL GAYÁN y J. LACASA VIDAL: <i>Introducción al Derecho Turístico de Aragón: evolución y situación actual</i>	353
JURISPRUDENCIA	
M. J. MONTORO CHINER: <i>La acción de retracto de montes. Una institución jurídica todavía efectiva</i>	401

SUMARIO

CRÓNICAS

<i>Reflexiones y aspectos prácticos acerca de las últimas novedades en la normativa contractual. Crónica del Seminario sobre Contratación Pública celebrado en Formigal en septiembre 2010</i> (T. MEDINA ARNÁIZ).....	417
<i>Crónica del congreso jurídico internacional "Globalización, riesgo y medio ambiente", Universidad de Granada, 3 a 5 de marzo de 2010</i> (A. GARCÍA ABAD)	435

BIBLIOGRAFÍA

J. BERMEJO VERA y F. LOPEZ RAMÓN (Directores): <i>Tratado de Derecho público aragonés</i> , Civitas-Thomson Reuters, 2010 (R. SALANOVA ALCALDE)	463
V. ESCARTÍN ESCUDÉ, <i>El periurbanismo estatal</i> , Madrid, 2009 (M. VILLAGRASA ROZAS).....	465
M. J. GONZÁLEZ-ORDOVÁS, <i>De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo</i> , Valencia, 2010. (C. MONGE LASIERRA)	475
F. LÓPEZ RAMÓN, <i>Política ecológica y pluralismo territorial</i> , Madrid, 2009 (I. CARO-PATÓN).....	481

LISTA DE COLABORADORES

BERNAL BLAY, Miguel Ángel:
Profesor Asociado Doctor
de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra:
Profesora Ayudante Doctora,
Universidad de Oviedo.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Valladolid.

CASTEL GAYÁN, Sergio:
Administrador Superior,
Comunidad Autónoma de Aragón.

CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique.
Profesor Colaborador de Derecho
Constitucional, Universidad de
Zaragoza.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ,
Dionisio: Profesor Titular
de Derecho Administrativo,
Universidad de Salamanca.

GARCÍA ABAD, Alejandro: Becario
de Investigación FPI de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GUERRERO MANSO, María
del Carmen de: Profesora
Asociada Doctora de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

LACASA VIDAL, Jesús: Asesor
Técnico, Dirección General de
Turismo, Gobierno de Aragón.

LATORRE VILA, Luis: Administrador
Civil del Estado, Cortes de
Aragón.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.:
Doctor en Derecho, Letrado de la
Administración de la Seguridad
Social, Albacete.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa: Profesora
Colaboradora de Derecho
Administrativo, Universidad de
Burgos.

MONGE LASIERRA, Cristina:
Directora de Proyección externa,
Fundación Ecología y Desarrollo,
Zaragoza.

MONTORO CHINER, María
José: Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Barcelona.

TUDELA ARANDA, José: Letrado de
las Cortes de Aragón, Profesor
Asociado Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

SALANOVA ALCALDE, Ramón:
Secretario General Técnico de
la Vicepresidencia, Gobierno
de Aragón

LISTA DE COLABORADORES

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier:
Letrado Asesor del Ayuntamiento
de Pamplona.

VILLAGRASA ROZAS, María del Mar:
Profesora Contratada de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

ESTUDIOS

EXPROPIACIÓN FORZOSA Y OBRAS PÚBLICAS DE CARRETERAS: LEGISLACIÓN HISTÓRICA Y RÉGIMEN VIGENTE(*)

DIONISIO FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA EXPROPIACIÓN FORZOSA COMO INSTRUMENTO MODERNIZADOR DE LA SOCIEDAD. III.- EXPROPIACIÓN FORZOSA Y OBRAS PÚBLICAS DE CARRETERAS: LEGISLACIÓN HISTÓRICA Y RÉGIMEN VIGENTE: 1. Aspectos generales: progreso socioeconómico, vías de comunicación y expropiación forzosa. 2. La normativa histórica anterior a la Constitución de Cádiz en materia de obras públicas, carreteras y expropiación forzosa. 3. Las primeras Leyes en el siglo XIX sobre expropiación forzosa y carreteras, y las previsiones constitucionales. 4. La Legislación sobre expropiación forzosa y en materia de obras públicas entre dos siglos y en un nuevo marco constitucional. 5. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y las nuevas Leyes en materia de Carreteras. 6. La Legislación vigente en materia de expropiación forzosa y de carreteras en el marco de la Constitución Española de 1978, y su situación actual.

RESUMEN: Las obras públicas de carreteras han constituido en la historia una de actuaciones de la Administración más importantes para impulsar el desarrollo y el progreso de la sociedad. Asimismo, y como complemento imprescindible, desde la Revolución Forzosa se ha permitido la intervención pública en la propiedad privada a través de la expropiación forzosa; siendo actualmente una de las potestades administrativas más importantes.

El trabajo analiza de forma paralela la evolución en el Derecho español de la normativa de obras públicas de carreteras y en materia de expropiación forzosa, desde la época anterior a las Cortes de Cádiz hasta la Legislación vigente en la actualidad.

Palabras clave: carreteras; expropiación forzosa; derecho administrativo; obras públicas; España.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de septiembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 22 de octubre de 2010.

ABSTRACT: Public works roads have become the history of the administration by the most important to promote development and progress of society. Also, as a complement, since the Revolution has allowed Forced public intervention in private property through eminent domain, is currently one of the most important administrative powers.

The paper analyzes in parallel the evolution of the Spanish law the rules of public works on roads and eminent domain, from the days before the Cortes of Cadiz to the legislation currently in force.

Key words: roads; eminent domain; administrative law; public works; Spain.

I. INTRODUCCIÓN

Las obras públicas, y específicamente las vías de comunicación, en general y particularmente las destinadas a los vehículos automóviles (carreteras, autovías o autopistas), son básicas para el desarrollo socioeconómico de cualquier sociedad y Estado, tanto por su incidencia directa al construirse (en el empleo, financieramente, sobre la producción y el consumo de productos y materiales, etc.) como por las posibilidades que permiten desarrollar las mismas (en relación con el comercio interior y exterior, las actividades económico-financieras, el turismo, etc.).

Aunque las mismas las han realizado las autoridades públicas desde tiempos inmemoriales, mediante los instrumentos que podían utilizar, y en muchas ocasiones mediante el propio uso de su poder y de la fuerza para apropiarse de los terrenos o bienes necesarios, sin ninguna otra justificación; sin embargo, la consideración del derecho de propiedad como un derecho individual inviolable y sagrado por los revolucionarios franceses del siglo XVIII, y como uno de los ejes de los incipientes sistemas políticos europeos de carácter democrático, impedía (e impide) los modos de actuación que las autoridades empleaban anteriormente, apropiándose de los bienes necesarios para las obras públicas.

Teniendo en cuenta este carácter del derecho de propiedad, como es bien sabido, los revolucionarios idearon una última garantía del mismo, cual fue la expropiación forzosa, pero, por esto mismo, circunscrita a causas tasadas y con apreciables garantías; tal como prevé la STS de 21 de junio de 1980 (Ar. 3331), al señalar con claridad que

«la institución expropiatoria es una de las que han planteado la exigencia de un mayor rigor en la observancia de las formas y requisitos establecidos para su debido funcionamiento y operatividad, al constituir la principal garantía del derecho de propiedad, lo que explica el carácter constitucional de la materia, anticipado en la Ley de 17 julio 1836, durante la vigencia del Estatuto Real de 1834; [carácter] constitucional que se reafirma en la Constitución de 1845, en la non-nata de 1856, en la de 1869, en la de 1876, y hasta en la de 1931, en el Fuero de los Españoles y, por último, en la [Constitución vigente]... de 27 diciembre 1978; constitucionalidad de la que parten, tanto la citada Ley de 17 julio 1836, como la de 10 enero 1879 y la actual de 16 diciembre 1954».

Posteriormente, la institución expropiatoria evolucionará pasando de una concepción negativa, como garantía de la propiedad, a una positiva, que permite al Estado una intervención directa y de gran envergadura en la esfera individual de los ciudadanos, propiciando así una más amplia intervención pública en la sociedad (1).

Efectivamente, tal evolución de la expropiación ha permitido a los Poderes Públicos, entre otras cosas y no sin problemas, la planificación y construcción de importantes redes de comunicaciones, principalmente para automóviles, que en última instancia, con ciertos matices, ha redundado en beneficio de los ciudadanos y de las empresas, lo que es bien visible en los Estados europeos democráticos, y naturalmente en España. Siendo cierto, como señala DE MELGAR Y ABREU (2), *«que la aplicación práctica de la expropiación forzosa comenzó á revestir mayor importancia cuando las corrientes del tiempo y el progreso en todos los órdenes de la vida dieron impulso al fomento y desarrollo de las obras públicas».*

No siempre de forma coordinada, las legislaciones modernas en materia de expropiación forzosa (esta con incidencia constitucional) y sobre

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956. Ed. facsímil de Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 21-22.

(2) DE MELGAR Y ABREU, B. (Marqués de San Juan de Piedras Albas), *Tratado de Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, Prólogo de F. SILVELA, Miguel Romero Impresor, Madrid, 1889, p. 6. Ciertamente D. Bernardino fue un hombre polifacético, Senador en varias Legislaturas y autor de una gran obra sobre Tauromaquia («Fiestas de toros. Bosquejo histórico», Prólogo de S. MONTOTO e ilustraciones de A. VEREDAS, Oficina Tipográfica de A. Marzo, Madrid, 1927). También, DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS (Ministerio de Fomento), *Memoria sobre el estado de las obras públicas en España en 1856*, Imprenta Nacional, Madrid, 1856, pp. 13-15 (Ed. facsimilar del Ministerio de Fomento, Madrid, 2001).

obras públicas y carreteras surgen en el siglo XIX, avanzando con el tiempo (salvo en el supuesto de la expropiación, cuyo texto vigente continúa siendo el de 1954) (3), y permitiendo a la sociedad, y a la propia Administración Pública, modernizarse a través de la construcción de obras públicas y vías de comunicación.

II. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA COMO INSTRUMENTO MODERNIZADOR DE LA SOCIEDAD

Las Administraciones Públicas, como es bien sabido, realizan una gran variedad de actividades, previstas o basadas en el Ordenamiento Jurídico; muchas de las cuales inciden negativamente en el ámbito patrimonial de los ciudadanos. Entre estas actividades destaca por su importancia la expropiación forzosa, al suponer el sacrificio del patrimonio, o de parte del mismo, de los ciudadanos.

En la época preconstitucional, y en términos generales, se consideraba la propiedad como una institución de derecho natural o de gentes, inherente a la existencia del hombre y que nace con su libertad (4). No obstante, el poder público de la época utilizaba habitualmente la confiscación de bienes y la privación de la misma para llevar a cabo sus fines y actividades, justificándose esa enérgica intervención en la teoría del *dominio eminente* (en virtud de la cual el Rey ostentaba una titularidad superior sobre todos los bienes del reino, de la que podía hacer uso en cualquier momento y por cualesquiera circunstancia, teniendo los sujetos privados únicamente el dominio útil de los bienes, que cedía ante el anterior); si bien se reconocía una cierta indemnización a éstos, precisamente porque se consideraba que

(3) Texto que, después del tiempo transcurrido, por cierto, aún no se ha adaptado a la Constitución española de 1978, y ni siquiera se ha eliminado la referencia, de su art. 1, al Fuero del Trabajo del régimen político anterior, y a pesar de la polémica legislación sobre la mal llamada memoria histórica.

(4) DE MADRAZO, F., *Manual de aplicación práctica de la Ley y de las Reales disposiciones vigentes sobre Espropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, Imprenta de Manuel Anoz, Madrid, 1860, p. 1, y DANVILA, M., *El Libro del Propietario*, 2ª ed., Imprenta de José Ruiz Editor, Valencia, 1862, p. 21.

Ver también el completo trabajo de MUÑOZ GUIJOSA, M^º. A., *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

la propiedad derivaba del derecho natural (5). Concepción que propiciaba todo tipo de abusos y excesos por parte de las autoridades.

Por ello, no es extraño que la Revolución Francesa (6) trajera consigo una reacción frente a la situación anterior, de carácter modernizador, propiciada por la burguesía revolucionaria; haciendo coincidir el nacimiento de los modernos Estados constitucionales con la institución de la expropiación forzosa. En efecto, el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 a 26 de agosto, señala que «*siendo inviolable y sagrado el derecho de la propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa*». Por lo tanto, con rango constitucional (principalmente en los Estados democráticos europeos), se parte de considerar el derecho de propiedad como inviolable y sagrado, permitiendo que el mismo ceda a través de la expropiación forzosa a favor del interés público, y no de cualquier forma sino justificándola por causas tasadas y siempre mediante una indemnización; concibiéndose pues como un límite negativo a la propiedad privada, pero con estrictas garantías a la misma (7). En este sentido, SALETA Y JIMÉNEZ señalaba gráficamente en 1879:

«*Basado el principio de la expropiación en la doctrina de que por encima del derecho de uno está el de los demás, al cual debe franquearse el camino en beneficio y provecho del bien común y á nombre de los intereses sociales, la gran dificultad que se presenta para llevarle á la práctica estriba en que enfrente de este derecho social se encuentra el no menos respetable de propiedad. A fin de conciliar tan opuestos principios, declárase por las leyes*

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 201-202, y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 2ª ed. Ed. Iustel, Madrid, 2009, pp. 433-434.

(6) En general, vid. IBARRA Y RODRÍGUEZ, E. (Dir.), y otros, *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, 2ª ed. esp., Tomo VII, «La Revolución Francesa», Ed. Ramón Sopena, Barcelona, 1949.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., p. 22; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Curso...», cit., pp. 202-203; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Principios...», cit., p. 435; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, «Parte General: conclusión», 10ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 210-211, y PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Tomo I, «Parte General», 13ª ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2002, pp. 567-571.

En relación con la normativa elaborada durante la Revolución Francesa, vid. VIOLLET, P., «La legislación francesa en el periodo de la Revolución», en IBARRA Y RODRÍGUEZ, E. (Dir.), y otros, *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, 2ª ed. esp., Tomo VII, «La Revolución Francesa», cit., Cap. XXIV, pp. 777-847.

que, aunque nadie puede ser privado de su propiedad, porque este derecho es inviolable y sagrado, sin embargo, cuando la necesidad y utilidad común lo exigen, puede procederse á la expropiación de la parte de ella que se encuentra en este caso, abonando previamente, no sólo su valor, sino el importe de los perjuicios que se ocasionen al propietario con la pérdida que experimente. De este modo se consigue que la propiedad sea respetada y que el interés público satisfaga sus necesidades, más crecientes cada día á consecuencia del gran desarrollo que alcanzan las obras de pública utilidad» (8).

No obstante, esta configuración evolucionará con el tiempo, ante el rápido crecimiento de la actividad administrativa y las nuevas situaciones a tener en cuenta para modernizar la sociedad, pasando a ser un instrumento positivo de la Administración para intervenir en la sociedad y conseguir los intereses públicos. Concepción que se ha afianzado en el siglo XX, al consolidarse, al menos en los países europeos democráticos, la teoría del Estado Social, que, sin negar la propiedad privada, la concibe con una función social a cumplir, pasando la expropiación forzosa a ser una potestad pública al servicio de las correspondientes políticas (y ya no sólo de las obras públicas, como en el siglo anterior); de tal forma que las referencias constitucionales sobre la propiedad privada se hacen con tantas cautelas y hasta restricciones, que no resalta que en el mismo precepto se reconozca la expropiación forzosa en este sentido positivo señalado (como en el art. 33 de la Constitución Española de 1978, que por cierto no goza de toda la protección constitucional de los derechos fundamentales, ex art. 53-1º y 2º-CE).

Esta evolución y la concepción actual de la expropiación forzosa ha sido puesta de manifiesto por la STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ nº 4, citando otras, al señalar lo siguiente:

«La expropiación forzosa, en cuanto límite excepcional del derecho a la propiedad privada, ha sufrido una extraordinaria evolución, referida en sus rasgos esenciales en nuestra STC 166/1986, de 19 de diciembre: «La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada y se reduce, inicialmente, a operar sobre los bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho

(8) SALETA Y JIMÉNEZ, J. M^º., *Tratado de Aguas, Expropiación Forzosa, Obras Públicas, Agricultura y Colonias Agrícolas*, 3ª ed., Imprenta de la Viuda é Hijos de J. A. García, Madrid, 1879, p. 356.

de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el derecho de propiedad privada tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales. La potestad expropiatoria, así concebida, vino y viene considerándose función administrativa encomendada, consiguientemente, a los órganos de la Administración, aunque ello ha dejado de ser obstáculo alguno para que se admita por las razones ya expuestas, que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración y, por tanto, no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones ope legis son, en cuanto Leyes singulares, constitucionalmente legítimas, si bien, requieren, por ser expropiatorias, que respeten las garantías del art. 33.3 de la Constitución» (FJ 13).

Este Tribunal ha destacado la doble naturaleza de la expropiación en tanto que técnica destinada, por un lado, a la consecución de los intereses públicos y, por otro, a garantizar los intereses económicos privados. Hemos dicho en este doble sentido que la expropiación forzosa, además de ser un medio indeclinable de que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines (SSTC 166/1986, FJ 13; 149/1991, de 4 de junio, FJ 4; 180/2000, de 29 de junio, FJ 11) constituye al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 6)».

Concepción y evolución no exenta de problemas y conflictos, al implicar a veces una merma en las garantías del derecho de propiedad y una intromisión en la esfera privada de los ciudadanos, en ocasiones excesiva (9).

(9) PARADA VÁZQUEZ, R., *Evolución y crisis del instituto expropiatorio*, Documentación Administrativa, nº 222/1990, Monográfico sobre «La Expropiación Forzosa», pp. 41-78, y más en general «Derecho Administrativo», Tomo I, «Parte General», 13ª ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2002, pp. 567-588.

No obstante, esta evolución de la expropiación forzosa, y su actual concepción, permite a las Administraciones Públicas una más amplia intervención en la sociedad, propiciando (con matices) una apreciable modernización de esta, entre cuyos ámbitos deben resaltarse las obras públicas de construcción vías de comunicación para automóviles (y sin olvidar que históricamente la legislación de expropiación forzosa surgió y se desarrolló en buena medida debido a la necesidad de realizar más adecuadamente obras públicas).

III. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y OBRAS PÚBLICAS DE CARRETERAS: LEGISLACIÓN HISTÓRICA Y RÉGIMEN VIGENTE

1. Aspectos generales: progreso socioeconómico, vías de comunicación y expropiación forzosa

D. Pablo ALZOLA Y MINONDO (1841-1912), uno de los ingenieros de caminos canales y puertos más sobresalientes de España, que fue Director General de Obras Públicas en el Gobierno de D. Francisco SILVELA en 1900 y prolífico escritor, destacaba la importancia de las vías de comunicación en su excelente libro *«Las Obras Públicas en España. Estudio histórico»* publicado en 1899, de esta forma:

«La utilidad pública de las vías de comunicación es un axioma que no se discute. Su necesidad aparece desde la infancia de las sociedades y se acrecienta con pasmosa rapidez á medida que se desarrolla la civilización de cada comarca.

Tiene el hombre una tendencia irresistible á comunicarse con sus semejantes, que se manifiesta sucesivamente en la formación de la familia, de la tribu, del pueblo, de la ciudad, de la provincia y la nación, cuyos habitantes procuran además establecer relaciones con los de otros países. [...]

El desarrollo de los caminos refleja el grado de civilización de cada país, siendo más imperioso á medida de la variedad de las relaciones, y del aumento del comercio que se encarga de transportar el sobrante de los productos de unos á otros lugares. Lo que en la infancia de las sociedades se considera superfluo llega á ser más adelante indispensable, de modo que si en un principio bastaba remover algunos obstáculos y habilitar los malos pasos de las vías de comunicación, el acrecentamiento del tráfico ha obligado á perfeccionarlas sucesivamente buscando la facilidad y rapidez de los transportes.

Hay pocos ramos de la Administración que influyan más eficazmente en el bienestar de los pueblos, porque los caminos facilitan extraordinariamente

los medios de gobernar en la recaudación de; los impuestos, en los servicios de orden público, de vigilancia y policía, de correos, de instrucción pública y de defensa del territorio, pero su misión es si cabe más trascendental bajo otros aspectos» (10).

Pero una de las características más destacables de la evolución del mundo desde el siglo XIX es el importante desarrollo tecnológico producido (por lo que se refiere a este trabajo, tanto en el ámbito de los automóviles como de las propias vías de comunicación), particularmente en el siglo XX y con previsiones de que en el siglo actual tal avance sea de mayor envergadura y mucho más rápido. Este proceso, incluyendo los avances en las comunicaciones por carretera, ha traído consigo indudables efectos positivos para la humanidad al permitir satisfacer las necesidades básicas, generando bienestar individual y social, creando progreso y riqueza, y permitiendo gozar a la sociedad correspondiente de una mejor calidad y de un mayor nivel de vida, en términos generales. No obstante, tal progreso técnico y tecnológico no está exento de riesgos (11) y problemas, tanto individuales como colectivos, derivados del propio avance técnico, de su utilización, de la incidencia para terceras personas o los bienes materiales, de su trascendencia social o del mal uso del mismo, ya sea a nivel particular o colectivamente.

Teniendo en cuenta que el Derecho, en términos generales y amplios, tiene entre sus finalidades la ordenación de la vida y de las relaciones sociales, dirigir las sociedades concretas hacia unos valores determinados (que en los Estados democráticos se incluyen en las respectivas Constituciones nacionales) y la resolución de los posibles conflictos que puedan producirse en esas mismas sociedades, no es extraño que, principalmente, desde el pasado siglo el Sistema Jurídico comience a preocuparse de las comunicaciones (en concreto, vías de comunicación y automóviles), inclu-

(10) ALZOLA Y MINONDO, P., *Historia de las Obras Públicas en España* (originalmente *Las Obras Públicas en España. Estudio histórico*, Imprenta de la Casa de la Misericordia, Bilbao, 1899), Prólogo y estudio introductorio de A. BONET CORREA, 2ª ed. (la primera es de 1979), Ed. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1994, pp. 31-32.

(11) ESTEVE PARDO J., *Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 9-10, se refiere a ellos, atinadamente, como el «lado oscuro» del progreso; señalando que el reto actual es dominar la técnica y sus riesgos. Con mayor amplitud, ver también su excelente obra *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009. Más en general, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública», en *Diario La Ley*, nº 7130, 9 de marzo de 2009, pp. 1 y 2.

yendo cuestiones técnicas y tecnológicas, en función de la época y de la coyuntura socioeconómica concreta, y regulándolas, entre otras muchas razones, para facilitar la construcción de las vías de forma adecuada, para facilitar la libertad de desplazamientos de personas y bienes y para tener en cuenta, y eliminar, o al menos limitar, los riesgos y los problemas de seguridad que puedan generar (tanto los automóviles como las propias vías), con el amparo de la legalidad vigente. Por ello, el Ordenamiento Jurídico comenzará a asumir como cometidos propios, entre otros, la regulación de las vías de comunicación, y en general de las obras públicas, su uso en función de las mismas (carreteras, autovías o autopistas, p. ej.), la previsión y eliminación en lo posible de los riesgos y su construcción.

Uno de los elementos esenciales, como hemos señalado, para el progreso de los países son indudablemente las infraestructuras al permitir su avance económico, social y cultural, destacando entre ellas las vías de comunicación por carretera. En efecto, y sin perjuicio de que los caminos han sido esenciales en la historia de la Humanidad, es a principios del siglo XX, con el comienzo de la generalización de los vehículos de motor (principalmente, los automóviles), cuando se inició un progreso de la sociedad desconocido hasta entonces, que requirió una adaptación de los caminos y vías destinado a los antiguos carruajes y otros «vehículos» de tracción animal, o, mejor dicho, otro sistema viario adecuado para el nuevo ingenio. Sistema viario nuevo, construido en tan sólo un siglo (frente a los miles de años anteriores, sin un desarrollo tan vertiginoso), que no sólo tiene relevancia para el propio tráfico de vehículos, sino que tiene una incidencia esencial, como sabemos, en el desarrollo económico y social, en la cultura, en el ocio y el turismo, en el comercio y la actividad industrial, en el desarrollo urbanístico y territorial, etc., de las sociedades actuales. Esa progresión creciente de la circulación de vehículos de motor obligó en un principio a la adaptación de los caminos y vías existentes a los nuevos automóviles y otros vehículos (ensanchándolos, reforzando su firme, ensayando el uso de nuevos materiales en su construcción, etc.); seguidamente se diseñan y construyen nuevas vías, específicamente pensadas para los vehículos, como son las carreteras (principalmente las de doble sentido, con un carril exclusivamente para cada sentido de la circulación, que son las más generalizadas en el mundo), que dieron una mayor seguridad a la circulación, suprimiendo muchos riesgos de la misma; finalmente, ya en la actualidad, las nuevas necesidades de la circulación vial han provocado la construcción de nuevas vías, como las autovías y autopistas, destinadas

a conseguir una mayor rapidez en la circulación pero también una apreciable mayor seguridad (12).

Pero, para poder construir y desarrollar las infraestructuras (incluyendo las vías de comunicación) que requieren las sociedades, los sujetos privados y más comúnmente en los países europeos los Poderes Públicos necesitan no sólo fondos financieros y cumplir las normas aplicables en la materia sino el suelo preciso para ello. Y es justamente en relación a esto último respecto a lo que será imprescindible el instituto de la expropiación forzosa, ya desde el siglo XIX (en concreto algunos años más tarde de la Constitución de Cádiz, al iniciarse la modernización normativa y general de España), en que ambas legislaciones sobre expropiación y sobre obras públicas y vías de comunicación discurrirán paralelas.

En concreto, así lo pone de manifiesto MELGAR Y ABREU en 1899 al precisar muy gráficamente que

«...es cierto que la aplicación práctica de la expropiación forzosa comenzó á revestir mayor importancia cuando las corrientes del tiempo y el progreso en todos los órdenes de la vida dieron impulso al fomento y desarrollo de las obras públicas... [...]

No sólo las exigencias de la época en que vivimos, ni las mayores necesidades que pausadamente la humanidad ha venido creándose, sino los grandes adelantos de la industria moderna, merced á la aplicación de los descubrimientos admirables de las ciencias físicas y naturales, son los factores importantísimos que han promovido la necesidad del mayor desarrollo para las obras públicas, á las cuales deben también agregarse las exigencias de la agricultura y del comercio, ávidos una y otro de medios de comunicación para los transportes.

El plan general de carreteras que de día en día va progresivamente aumentando; el aumento, ó mejor, el ensanche que se va dando á la red de ferrocarriles, ya se construyan con subvención del Estado ó sin ella, de servicio particular ó general, pero todos de uso público; las restauraciones de monumentos antiguos, historias vivas de grandezas pasadas que inmortaliza el arte con sus encantos; la construcción de centros de enseñanza; el ornato que demandan las grandes poblaciones, ávidas de saneamientos higiénicos y de prosperidad, que acuse el interés de los municipios en beneficio de los habitantes, etc., etc., son las circunstancias que en primer grado imponen la

(12) En general, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública», en *Tráfico y Seguridad Vial*, nº 123, marzo de 2009, pp. 81-106.

expropiación forzosa y necesaria, con el objeto de que no sea la propiedad privada el obstáculo insuperable que circunscriba á límites mezquinos lo que demanda el bien común.

Por lo expuesto se comprende, no sólo la importancia que reviste la expropiación, sino también la necesidad de que el legislador preste á rama tan vasta y trascendental sus mayores atenciones, con el objeto de obtener mucho bien de poco sacrificio, desarrollando todos sus efectos sobre principios de justicia y nunca sobre atropellos no despojos, que desprestigiarían sus actos, por las constantes censuras de la opinión pública» (13).

2. La normativa histórica anterior a la Constitución de Cádiz en materia de obras públicas, carreteras y expropiación forzosa

La legislación más antigua en materia de obras públicas, en sentido amplio, tiene como finalidad el desarrollo económico y el progreso de las sociedades y la relativa a caminos y carreteras (14), u otras vías, pretendía únicamente la comunicación entre ciudades o entre puntos del territorio, por

(13) DE MELGAR Y ABREU, B. (Marqués de San Juan de Piedras Albas), *Tratado de Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, op. cit., pp. 6-8.

(14) Esta legislación histórica se puede ver en ROYO VILLANOVA, A., «Carreteras», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editores, Tomo, V, Barcelona (Enciclopedia autorizada en 1910), pp. 162-258. Ver también la excelente Base de Datos del Boletín Oficial del Estado *Gazeta-Colección histórica 1661-1967* y la Voz «Carretera», en *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana (Enciclopedia Espasa)*, Tomo XI, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1911 [ed. de 1978], pp. 1340-1354., con referencias normativas hasta principios del siglo XX.

Sobre la historia de las carreteras, vid. GARCÍA ORTEGA, P., *Historia de la Legislación Española de Caminos y Carreteras*, Ed. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1982; ESCARIO Y NÚÑEZ, J. L., «Las carreteras en España», en *Revista de Obras Públicas*, Número Especial del Centenario, nº 101/1953, pp. 81-88; ZORIO BLANCO, V., «Breve historia de las Carreteras», en *Revista de Obras Públicas*, nº 3254, enero, 1987, pp. 27-38, y SÁNCHEZ BLANCO, V., «Las Carreteras», en CARBONELL ROMERO, A., y otros, *Las infraestructuras en España: carencias y soluciones*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990, pp. 72-84.

Sobre la historia de las obras públicas y su legislación es imprescindible la excelente obra de ALZOLA Y MINONDO, citada, así como SOLDEVILLA, C., «Obras Públicas. Derecho Administrativo», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Francisco Seix, Tomo XXIII, Barcelona (autorizada en 1910), pp. 645 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Las Obras Públicas», en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102/1983, pp. 2427-2469, y «Obras Públicas», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Francisco Seix, Tomo XVIII, Barcelona, 1986, pp. 289 y ss.; GARCÍA ORTEGA, P., obra citada; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., *Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública*, citado, pp. 95-103 y la excelente obra de CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2007, pp. 31 y ss.

razones económicas, comerciales y de otro tipo, aunque debe resaltarse asimismo que la seguridad se irá haciendo más visible y compleja conforme van evolucionado los vehículos y su propia circulación, y por ello se producirá con el tiempo un apreciable progreso en la técnica de construcción de las vías, de los materiales utilizados y de su mantenimiento.

Así, y aunque hasta mediados del siglo XVIII no se pueda decir que exista una cierta política en materia de carreteras en España (15), ya Las Partidas del Rey Alfonso X (el *Libro de las Leyes*, que era su título oficial, se redactó entre 1265 y 1325, en diversas versiones) preveían que los Monarcas cuidasen los puentes y las calzadas para que fuera posible andar y llevar a los animales. Seguidamente, los Reyes Católicos promoverán la construcción de algunos «caminos de ruedas», y desde 1497 ordenan ya la conservación de los caminos de carretas y carros. Dando un paso más, Felipe V, en la Instrucción de 4 de julio de 1718, ordena a los Intendentes que informasen al Consejo acerca del estado de los caminos y de los reparos necesarios para el tránsito de carruajes, indicando los que conviniera ensanchar o empedrar, por exigirlo así la naturaleza del terreno y las reformas necesarias para acortar las distancias evitando rodeos inútiles. Cuestión que reafirma el Rey Fernando VI en 1749 al ordenar a los Intendentes Corregidores tener «compuestos y comerciables los caminos públicos y sus puentes»; debiendo resaltarse que en esta época se acelerará la construcción de la carretera entre Madrid y La Coruña (durante el gobierno del Marqués de la Ensenada, 1702-1781), y entre Santander y Reinosa; construcción que progresó mucho en la época de Carlos III y el Gobierno de Floridablanca, llegándose a publicar dos *Guías de Caminos* en 1767 y 1788 (16).

En 1799, ya con Carlos IV, se creará la Inspección General de Caminos y Canales, que ocuparon el Conde de Guzmán y, después, Agustín de Bethancourt; llegando a abrirse entre 1800 y 1808 alrededor de 2.000 Km. de carreteras y caminos. En esta época, la *Novísima Recopilación*

(15) ALZOLA Y MINONDO, P., obra citada, pp. 53-78, y SÁNCHEZ BLANCO, V., pp. 72-76.

(16) ALZOLA Y MINONDO, P., obra citada, pp. 78-249, y URIOL, J. I., «Las carreteras y los canales de navegación en los reinados de Fernando VI y Carlos III», en *Revista de Obras Públicas* (I), nº 3159, julio, 1978, pp. 533-546, (II), nº 3160, agosto, 1978, pp. 625-636, y (III), nº 3161, septiembre, 1978, pp. 679-690.

La legislación histórica en materia de carreteras desde 1785 también puede verse en el enlace electrónico <http://www.carreteros.org/legislaciona/antigua/antigua.htm> (consultado el 28 de septiembre de 2010).

de las *Leyes de España*, publicada en 1805, incluía varias leyes sobre caminos y puentes (Título XXXV, Libro VII, Leyes 1ª a 10ª), que reiteran algunas normas anteriores, prohibiendo «cerrar ó embargar» los caminos, las veredas o la calle; obligando a los justicias a abrir y componer carriles y caminos, y a prohibir cerrar los mismos; ordenando que se pusiesen pilares en los puertos (montañosos) para señalar los caminos y evitar que los caminantes pudiesen perderse en tiempo de nieves; se obligaba a los Corregidores a conservarlos corrientes, poniendo hitos o mojones, se inicia una incipiente señalización viaria y se prescriben ciertas normas sobre el uso de los caminos. La Constitución de 1812 (art. 321-7ª) (17) prevé que «*estará á cargo*» de los Ayuntamientos «*cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato*»; con intervención de las Provincias en relación con la propuesta al Gobierno para su traslado a las Cortes de la creación de arbitrios necesarios para obras de utilidad común o el uso de los mismos en el caso de obras urgentes (arts. 322 y 335-4ª). Posteriormente, después de la Guerra de la Independencia, en los períodos de restablecimiento absolutista, se suprimirá la Inspección General citada, siendo recreada por Fernando VII (18).

En cuanto a los antecedentes de la expropiación forzosa (19), y sin remontarnos muy atrás en el tiempo, podemos señalar que Las Partidas (Ley 2ª, Tít. I, Part. 2ª, y Ley 31, Tít. XVIII, Part. 3ª) contienen ciertos principios que pueden considerarse un precedente de la expropiación forzosa, utilizados en la agricultura y para obras públicas, para la construcción de puentes y abrir caminos.

Posteriormente, la Novísima Recopilación contiene preceptos relacionados con la expropiación, en relación a montes públicos, minas y ordenanzas de policía urbana (Leyes 2ª, 11ª y 14ª, Libro VII, Tít. XXIV); recogiendo disposiciones variadas de Carlos V (Pragmática de 21 de mayo de 1518), de Felipe V (Real Cédula de 3 de mayo de 1716) y de Fernando

(17) Todos los preceptos de las Constituciones históricas se toman de RICO LINAJE, R., *Constituciones Históricas. Ediciones oficiales*, 3ª ed., Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

(18) ALZOLA Y MINONDO, P., obra citada, pp. 302-324, y SÁNCHEZ BLANCO, V., pp. 76-78.

(19) DE MELGAR Y ABREU, B. (Marqués de San Juan de Piedras Albas), *Tratado de Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, op. cit., pp. 9-15, y DE MADRAZO, F., *Manual de aplicación práctica de la Ley y de las Reales disposiciones vigentes sobre Espropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, citado, pp. VIII-IX.

VI (Real Orden de 7 de diciembre de 1748) que implantaron principios de enajenación forzosa en materia de repoblación de montes públicos, para la obtención de madera destinada a la construcción de buques de guerra, obligando al pago (Ley 12ª, Lib. VII, Tít. XXIV), aunque lo fijaba el Estado, hasta que Carlos IV introdujo la apreciación pericial y el perito en discordia (Real Cédula de 19 de diciembre de 1789) (20).

Seguidamente, y acogiendo ya los planteamientos de Derecho francés, la Constitución de 1812 (art. 172-10º) prescribe ciertas restricciones a la autoridad real, al señalar que

«No puede el Rey tomar la propiedad de ningun particular ni corporacion, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella; y si en algun caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad comun tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio á bien vista de hombres buenos».

Además, su art. 304 prohibía la pena de confiscación de bienes.

3. Las primeras Leyes en el siglo XIX sobre expropiación forzosa y carreteras, y las previsiones constitucionales

Considerados como «importantes medios de fomento de la producción en todos los ramos», no es de extrañar que la Instrucción a los Subdelegados de Fomento, elaborada por Javier de Burgos y aprobada por Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, incluyera referencias a los caminos y canales, previendo la formación de un plan de caminos; teniendo en cuenta que ya el Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823, que aprueba la Instrucción para el Gobierno Económico-Político de las Provincias, reconocía la competencia del Gobierno sobre las carreteras generales por interesar al Reino en general (art. 21) (21). Seguidamente, la Real Orden de 30 de Noviembre de 1840, ya con la Reina Isabel II, aprueba las normas para elaborar un plan general de carreteras.

Más importante es la Ordenanza del Ministerio de la Gobernación de la Península, firmada por el Regente del Reino, para la Conservación

(20) Seguimos a DE MELGAR Y ABREU, B., op. cit., pp. 13-15.

(21) Las normas relacionadas con el régimen local se toman de la completa obra de ORDUÑA REBOLLO, E., y COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la Legislación de Régimen Local*, Ed. Iustel y Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2008.

y Policía de las Carreteras Generales, de 14 de septiembre de 1842 (Gaceta de Madrid del 16) (22), cuyo preámbulo da cuenta del abandono de las carreteras generales debido a la situación provocada por la guerra civil, y que se ha plasmado en su mal estado; por lo que se prescriben, en relación a los carruajes y carretas (pues no había otros vehículos en la época, naturalmente), disposiciones relativas a la conservación de las carreteras, sus obras y arbolados (arts. 1 a 15), al tránsito de las carreteras (arts. 16 a 29), de las obras contiguas a las carreteras (arts. 30 a 39) y las denuncias por infracciones de la misma (arts. 40 a 45). Como complemento, la Real Orden de 27 de mayo de 1846 reguló el acotamiento y amojonamiento de las carreteras.

Unos años más tarde se adoptarán los primeros textos legales en la materia, al aprobarse la Ley de 11 de abril de 1849 que regulaba la reparación de las carreteras en sus travesías por los pueblos, desarrollada por su Reglamento de 14 de julio (Colección Legislativa, Tomos XLVI y LXVII), y la Ley de 28 de abril del mismo año (Colección Legislativa, Tomo XLVI), que hacía lo propio con los caminos vecinales.

Poco después, la Ley de 7 de mayo de 1851 (Colección Legislativa, Tomo LIII) (23), inspirada en normas francesas y belgas, regula las cuestiones competenciales sobre las carreteras y su construcción y reparación, sin hacer referencia a las cuestiones de seguridad, y clasifica las mismas en carreteras generales (las que se dirigen desde Madrid a las capitales de provincia o a zonas de gran movimiento mercantil, y que son competencia del Estado), carreteras transversales (las que cortan o enlazan las anteriores, pasando por alguna capital de provincia o centros de mayor población y tráfico; costeadas por el Gobierno y la provincia respectiva), carreteras provinciales (que son las que enlazan las anteriores, las que unen una de las mencionadas con un centro de producción o exportación, las que unen dos o más provincias y las de Baleares y Canarias; responsabilidad exclusiva de las mismas) y carreteras locales (de responsabilidad de los pueblos); priorizando la reparación y conservación de las carreteras respecto a las de nueva construcción (operaciones de reparación y conservación de las

(22) Curiosamente, este número de la Gaceta de Madrid también publica una parte no oficial titulada «Folleín», con la transcripción de la obra de teatro *El marido desleal ó ¿quién engaña á quién?*

(23) ALZOLA Y MINONDO, P., op. cit., pp. 329-330, y ARRAZOLA, L., y otros, «Camino» (Voz), en *Enciclopedia Española de Derecho y Administración ó nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, Tomo VII, Imprenta Díaz y Cía., Madrid, 1853, pp. 237 y ss.

mismas que se regulan, con carácter facultativo, mediante la Circular de 30 de octubre de 1855 y Real Orden de 1 de diciembre de 1858, Colección Legislativa, Tomo LXVI).

Tiempo más tarde, por Real Orden de 18 de diciembre de 1856 (Colección Legislativa, Tomo LXX) se obligará a medir las carreteras radiales a partir precisamente de la Puerta del Sol de Madrid, y a colocar postes indicadores de los kilómetros correspondientes en las mismas.

Mucha mayor trascendencia tendrá la Ley de 22 de julio de 1857, relativa a las Bases que han de regir sobre Carreteras (Colección Legislativa, Tomo LXXIII) (24), que siguiendo esencialmente lo establecido en 1851, y sin incluir tampoco referencias a la seguridad, clasifica las carreteras de servicio público (al preverse también las de servicio privado), según la importancia y utilidad de las mismas, en carreteras de primer orden (las generales y transversales anteriores), de segundo (provinciales; de cuya construcción se hacen responsables las Diputaciones Provinciales según la Ley sobre Gobierno y Administración de las Provincias, de 25 de septiembre de 1863, art. 56; reiterándose lo mismo en Leyes posteriores sobre las Provincias) y de tercero (locales; cuyas condiciones se fijan provisionalmente en 1858, en materia de pendientes, ancho de las mismas y espesor del firme; regulándose concretamente más tarde el ancho de las carreteras por Real Decreto de 13 de octubre de 1905, Gaceta del 15). Asimismo, prevé la elaboración de un plan general de carreteras (que se aprobará en 1860, previendo 34.500 Km. de carreteras; redactándose en 1864 uno nuevo), y se atiende al diseño de las mismas en los proyectos de construcción, que se regulan con mucho detalle.

Seguidamente, mediante Reales Órdenes de 19 de enero de 1867 (Gaceta de Madrid de 19 de marzo) se aprobarán el Reglamento para la Organización y Servicio de los Peones Camineros, con funciones precisamente de vigilancia y conservación de las carreteras del Estado (texto que se sustituirá años después mediante Real Orden de 30 de diciembre de

(24) ROYO VILLANOVA, A., op. cit., p. 163, afirma que bajo esta Ley se llegaron a construir hasta 17.409 Km. de carreteras, y mantiene que éstos eran los existentes en 1868. El mismo dato lo corrobora ALZOLA Y MINONDO, P., cit. p. 337, para todo el reinado de Isabel II, hasta 1868, pues; y precisando, además, que en treinta y cinco años se habían abierto 12.829 Km. de carreteras. Por su parte, SÁNCHEZ BLANCO, V., cit., p. 79, maneja el mismo dato para el período 1855-1868.

Sobre la legislación aplicable y los procedimientos y documentación para ejecutar las obras en esta época, ver la interesante obra de D. Marcial DE LA CÁMARA, M., *Guía Administrativa de Obras Públicas*, Imprenta de D. Marcelo Martínez Alcubilla, Madrid, 1860.

1909, Gaceta de Madrid de 1 de enero de 1910), y el más destacable Reglamento para la Conservación y Policía de las Carreteras de 19 de enero de 1867 (Gaceta de Madrid de 19 de marzo), que incluye medidas relativas a la conservación y al tránsito por las mismas, a las obras contiguas a estas, así como a denuncias y multas y a ciertas disposiciones generales. En 1870 (25), el Estado se desprendió de alrededor de 2.700 Km. de carreteras (que discurrían paralelas a las vías férreas), a favor de las Diputaciones Provinciales, deteriorándose las mismas apreciablemente debido a la falta de recursos de éstas.

Este desarrollo de las obras públicas en el siglo XIX, que incide necesariamente en la propiedad privada, hacía ineludible la elaboración de una ley en materia de «enajenación forzosa», confirmando así su carácter auxiliar respecto a dichas obras (26); texto que efectivamente, aún sin referencia constitucional alguna en el Estatuto Real de 1834, será sancionada por la Reina Gobernadora María Cristina como Ley relativa a la «enajenación forzosa por motivos de utilidad pública» de 17 de julio de 1836 (Gaceta de Madrid del 21), consagrando explícitamente el derecho de propiedad, siguiendo los precedentes franceses y motivada por el gran desarrollo que comienzan a tener las obras públicas en este siglo, y cuya relación con las mismas es estrecha desde su inicio, al prever su art. 1 que

«Siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar á ningun particular, corporación o establecimiento de cualquier especie, á que ceda ó engene lo que sea de su propiedad para obras de interés público, sin que precedan los requisitos siguientes: Primero: Declaración solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública, y permiso competente para ejecutarla. Segundo: Declaración de que es indispensable que de ceda ó engene el todo o parte de una propiedad para ejecutar la obra de utilidad pública. Tercero: Justiprecio de lo que haya de cederse ó engenarse. Cuarto: Pago del precio de la indemnización».

(25) Sobre la Administración en esta época, ver CLAIRAC SÁENZ, P., «La Administración de obras públicas en el período revolucionario», en *Revista de Obras Públicas*, nº 19/1871, pp. 43-48.

(26) NIETO, A., «Evolución expansiva del concepto de la Expropiación Forzosa», en *Revista de Administración Pública*, nº 38/1962, p. 68, y BASSOLS COMA, M., «Limitaciones del dominio desde la perspectiva del Derecho Público», en DE DIOS S. (Coord.) y otros, *Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones de dominio*, Ed. Colegio de Registradores de España, Madrid, 2009, pp. 735-806.

Entendiéndose por «obras de utilidad pública» las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado, a las Provincias o pueblos cualesquiera usos o disfrutes en beneficio común, aunque sean ejecutadas por cuenta del propio Estado, las provincias o los pueblos, bien por empresa o compañía particular, debidamente autorizada (art. 2).

Además, la Ley, de forma novedosa para la época, reguló la declaración de utilidad pública de la obra, la decisión del Gobernador Civil sobre la parte de la propiedad privada que ha de ser cedida para la ejecución de la obra, la fijación del justiprecio (por peritos o por el juez, si no hay acuerdo) y su pago al interesado siempre «con anticipación á su desahucio» (arts. 3 a 8) (27).

Entre tanto, la Constitución de 1837 (art. 10) prevé que «*no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningun español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización*», constitucionalizando de esta forma la expropiación forzosa. Cuestión que se reitera literalmente en el también art. 10 de la Constitución de 1845 y en dos preceptos (arts. 12 y 13) de la Constitución *non nata* de 1856.

Dilatándose la elaboración del reglamento de desarrollo, se dictaron varias disposiciones de menor rango, y no siempre muy coordinadas (así, entre otras, la Real Orden de 10 de octubre de 1845 prevé la no paralización de obra alguna por reclamaciones o quejas relativas a daños y perjuicios, que se solicitarán al Gobernador de la provincia; la Real Orden de 7 de febrero de 1846 que permite a la Administración dictar instrucciones y reglas para graduar equitativamente las indemnizaciones y la Real Orden de 25 de enero de 1853, verdadera instrucción para tramitar los expedientes y para regular las tasaciones). Algunos años más

(27) Sobre esta Ley, ver DE MELGAR Y ABREU, B., op. cit., pp. 15-22; DE MADRAZO, F., *Manual de aplicación práctica de la Ley y de las Reales disposiciones vigentes sobre Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, citado; DANVILA, M., *El Libro del Propietario*, cit., pp. 508-512; COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo Español*, 3ª ed., Tomo III, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1865, pp. 327-334; SALETA Y JIMÉNEZ, J. M^º, *Tratado de Aguas, Expropiación Forzosa...*, cit. pp. 355-359, y F. L., «La Expropiación Forzosa por causa de la utilidad pública», en *Revista de Obras Públicas*, nº 24/1872, pp. 273-278, nº 4/1873, pp. 46-51, nº 5/1873, pp. 53-56, nº 6/1873, pp. 65-68, nº 7/1873, pp. 77-81, nº 8/1873, pp. 89-92, nº 9/1873, pp. 101-105, nº 10/1873, pp. 114-118.

En relación con los problemas planteados por las expropiaciones en materia de ferrocarriles, durante la vigencia de esta Ley, vid. PELAYO, E., «Nota sobre las expropiaciones para la construcción de los ferrocarriles», en *Revista de Obras Públicas*, nº 15/1867, pp. 4-10.

tarde, mediante Real Decreto de 27 de julio de 1853 se aprueba el Reglamento de desarrollo (Gaceta de Madrid del 1 de agosto), que ya regula las formalidades y el procedimiento expropiatorio, la ocupación temporal y el aprovechamiento de materiales, y establece ciertas disposiciones generales. No obstante, la Orden de 16 de febrero de 1869 tuvo que recordar que las ocupaciones de terrenos y otras propiedades designados para ser expropiados antes de comenzar una obra pública no podían llevarse a cabo sin previa valoración de los mismos y pago a sus dueños, de acuerdo con la Ley de 1836 y su reglamento. Además, se reguló la adaptación de la normativa de expropiación a los casos de guerra y a su aplicación en los Ejércitos, de ultramar (Real Decreto de 13 de julio de 1863, Gaceta de Madrid del 16, o Real Orden de 29 de agosto de 1868, Gaceta del 6 de septiembre).

La Constitución de 1869 introduce como novedad resaltable la intervención judicial en la expropiación, utilizando ya este vocablo, al señalar su art. 14 que *«nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el Juez con intervención del interesado»*.

Siendo la Ley de 1836 incompatible con este precepto, en lo relativo a la necesaria intervención judicial en el procedimiento de determinación del justiprecio y su pago, por no permitirse seguir manteniendo el protagonismo administrativo en esta fase (aunque sí en la declaración de utilidad pública de la obra y a la necesidad de la expropiación en todo o en parte del terreno), se dictó el Real Decreto de 11 de agosto de 1869 (Gaceta de Madrid del 15), que efectivamente sólo reserva a la Administración la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, y previendo la intervención judicial especialmente en lo relativo a la fijación del justiprecio y al pago de la indemnización, y se inició el proceso para elaborar una nueva legislación acorde con la Constitución, al crearse, mediante Decreto de 22 de abril de 1873 (Gaceta de Madrid del 25), una Comisión encargada de redactar un proyecto de ley y su correspondiente reglamento; trabajos que no fructificaron.

Por otra parte, el Código Penal de 1870 castigaba al funcionario público que expropiase bienes a un ciudadano, o extranjero, sin atender a los requisitos legales.

4. La Legislación sobre expropiación forzosa y en materia de obras públicas entre dos siglos y en un nuevo marco constitucional

La Constitución de 30 de junio de 1876 no incluye referencias a las obras públicas y sí a la expropiación forzosa, que, en su art. 10, integrado en el Título sobre los derechos de los españoles, da una nueva versión a la formulación tradicional, al señalar que

«No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.

Si no procediere este requisito, los Jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado»

En materia de obras públicas, y de acuerdo con la Ley de Bases para la reorganización de las Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876, se aprobará la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Gaceta de Madrid del 15) (28), que define las obras públicas como *«las que sean de general uso ó aprovechamiento, y las construcciones de edificios que se hallen á cargo del Estado, de la provincias y de los Pueblos»* (art. 1). La ejecución de las mismas corresponde al Estado, la provincia y el Municipio, considerando como *«de cargo del Estado»*, entre otras, a las carreteras que estén incluidas en el plan general de las que han de costearse con fondos generales (art. 4); regulando asimismo los distintos procedimientos de su construcción en general (inclusión en el plan general, elaboración y aprobación del correspondiente proyecto, previsión del presupuesto y construcción de las mismas, incluyendo referencias a las concesiones correspondientes).

La clasificación de las carreteras de servicio público se realizará nuevamente mediante la Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877 (Gaceta

(28) ALZOLA Y MINONDO, P., op. cit., pp. 383-395; SOLDEVILLA, C., cit., pp. 645 y ss.; SALETA Y JIMÉNEZ, J. M^º, op. cit., pp. 446-449; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Las Obras Públicas», en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102/1983, cit., pp. 2427-2445, y «Obras Públicas», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Francisco Seix, Tomo XVIII, Barcelona, 1986, cit., pp. 289 y ss.; FRAX ROSALES, E., «Las Leyes de Bases de Obras Públicas en el siglo XIX», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 93/1996, pp. 513-528, que analiza todo el siglo; CASARES MARCOS, A., op. cit., pp. 64-77, y con detalle ROSADO PACHECO, S., «La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)», en *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Extremadura*, nº 6/1988, pp. 211-279.

de Madrid del 6), y el Reglamento de 10 de agosto de 1877 (Gaceta de Madrid del 14), utilizando ahora el criterio de su financiación, previendo las costeadas por el Estado (de primer orden, segundo y tercero, siguiendo lo establecido anteriormente, y previendo un plan general de carreteras, que se aprobará por Ley de 11 de julio de este mismo año), por las provincias, por los municipios, por particulares y mixtas; y regulando cada clase y los proyectos para su construcción, con pocas disposiciones relacionadas con la seguridad de las mismas (salvo alguna mención a su anchura y dimensiones, o a las inspecciones, p. ej.), y encomendando, en las carreteras costeadas del Estado, su conservación permanente a los peones camineros y a sus capataces, nombrados por la Dirección General de Obras Públicas, y estableciendo lo mismo para el personal correspondiente en las otras clases de carreteras. Por otra parte, establece la necesidad de que a la ejecución de toda obra destinada al uso público ha de preceder la declaración de utilidad pública; eximiendo de esta formalidad a las obras del Estado prescritas y las comprendidas en los planes generales, provinciales y municipales, y cualquiera otra destinada al uso particular, cuya ejecución haya sido autorizada por una ley. Además, en este mismo año 1877, como hemos señalado, mediante Ley de 11 de julio se aprobó un nuevo plan de carreteras nacionales, que será modificado mediante Real Decreto de 16 de septiembre de 1886 (Gaceta de Madrid del 19), que asimismo regula otro plan general de ferrocarriles económicos, debido a las circunstancias industriales y mercantiles, y teniendo en cuenta el plan de ferrocarriles de 1877.

Por lo que se refiere a la expropiación forzosa, las previsiones de la nueva Constitución de 1876 hacían ineludible la adaptación de la Ley de 1836, planteándose pronto dudas sobre la adecuación del Real Decreto de 11 de agosto de 1869 al nuevo texto constitucional, ante lo cual, y previa consulta al Consejo de Estado, mediante Real Decreto de 3 de febrero de 1877 (Gaceta del 4) se deroga el mismo y se restablece la vigencia de la normativa anterior al mismo (sin perjuicio de que los expedientes iniciados entre la fecha de entrada en vigor del Decreto de 1869 y el de 1877 continuarán rigiéndose por el primero).

Asimismo, el problema de adecuación de esta legislación a la nueva Constitución se solventó aprobando la Ley de Expropiación Forzosa por causa de Utilidad Pública de 10 de enero de 1879 (Gaceta de Madrid del 12), y su Reglamento mediante Real Decreto de 13 de junio del mismo año

(Gaceta de Madrid del 24) (29). Esta nueva legislación continua, como las restantes normas del siglo, refiriéndose exclusivamente a las obras públicas, al precisar el art. 2 de la Ley (30) que

«Serán obras de utilidad pública las que tengan por objeto directo proporcionar al Estado, á una ó más provincias, ó á uno ó más pueblos, cualesquiera usos ó mejoras que cedan en bien general, ya sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ya por Comunidades ó Empresas particulares debidamente autorizadas».

Reiterándose esta exclusiva referencia en varios preceptos más de la Ley (arts. 10, 11, 13, 14, 15, etc.); aunque se incluyeron dos supuestos no referidos a obras públicas, como son los ensanches de las poblaciones y las ocupaciones temporales, teniendo en cuenta que en estos casos también existían Leyes especiales para regular algunos aspectos. Además, la incidencia esencial de las obras públicas en el texto se refleja con claridad, al eximirse de la formalidad de la declaración de utilidad pública a las obras del Estado, las incluidas en los planes generales, provinciales y municipales, previstas en la Ley de Obras Públicas de 1877, así como aquellas obras cuya ejecución fuese autorizada por ley o estuviese incluida en las leyes especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas o puertos (art. 11).

En cuanto a la efectividad de la expropiación, la Ley exige la declaración de utilidad pública de la obra, la declaración de que su ejecución exige indispensablemente el todo o parte del inmueble a expropiar, la fijación del justiprecio del mismo y el pago de la indemnización correspondiente (art. 3); sin los cuales se justifica el uso de interdictos de retener y recobrar por el titular indebidamente privado del bien concreto, logrando así el amparo judicial (art. 4; competencia judicial en materia de daños y perjuicios que reafirma la jurisprudencia contenida en el Real Decreto de 8 de marzo de 1894, Gaceta de Madrid del 16). Las anteriores fases del procedimiento expropiatorio (arts. 10 a 44) son netamente administrativas

(29) Sobre esta legislación, ver DE MELGAR Y ABREU, B., op. cit., *in totum*, y ALZOLA Y MINONDO, P., «Ley de Expropiación Forzosa», *Revista de Obras Públicas*, nº 8/1879, pp. 93-100, y nº 9/1879, pp. 97-100, e *Historia de las Obras Públicas en España*, cit., pp. 395-396.

Concretamente sobre las expropiaciones para la construcción de carreteras del Estado, ver MARTÍN CAMPOS, M., «Las expropiaciones de terrenos para la ejecución de carreteras del Estado», en *Revista de Obras Públicas*, nº 13/1896, pp. 155-158, y DÍZ BERCEDONIZ, M., «Las expropiaciones de terrenos para la ejecución de carreteras del Estado», en *Revista de Obras Públicas*, nº 43/1896, pp. 228-229.

(30) Véanse los comentarios a cada precepto de DE MELGAR Y ABREU, B., op. cit., pp. 211-381.

(con una apreciable intervención del Gobernador Civil), incluso la relativa a la fijación del justiprecio, ya que la intervención del Juez únicamente se produce si la Administración y el expropiado no se ponen de acuerdo, nombrando un tercer perito en la materia; separándose claramente del modelo de la legislación anterior.

Finalizaba la Ley regulando las expropiaciones necesarias para la mejora, saneamiento y ensanche interior de las grandes poblaciones (arts. 45 a 54) y las ocupaciones temporales de bienes para realizar ciertas actividades relacionadas con las expropiaciones (arts. 55 a 63).

La Ley será modificada posteriormente, en preceptos concretos (mediante leyes publicadas en la Gaceta de Madrid de 10 de agosto de 1882, 2 de agosto de 1904 y 28 de julio de 1918), así como su Reglamento (cuyos preceptos fueron objeto de interpretación o de modificación, mediante normas de 1883, 1891, 1903, ó 1906).

Además se aprobaron normas especiales para ampliar la expropiación forzosa a otras actividades distintas a las obras públicas (como al ramo de guerra y marina en 1902, minas en 1868 y 1910, aguas en 1879, ferrocarriles en 1877, montes en 1908, paso de corriente eléctrica en 1900, casas baratas en 1911, riqueza histórica en 1911, la reforma o ensanche de poblaciones en 1895, la escasez derivada de la I Guerra Mundial en 1916, etc.), aunque también introdujeron normas procedimentales propias, e incluso algunas peculiaridades sobre el justiprecio y su extensión (31).

En este marco, no es extraño que el Código Civil de 1889 reitere, en su art. 349, lo establecido en la Constitución de 1876 en relación con la expropiación forzosa, destacando su carácter protector de la propiedad privada, salvo la referencia a la prohibición de la confiscación de bienes, al señalar que

«Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización.

Si no procediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado».

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después», en *Revista de Administración Pública*, nº 156/2001, p. 253, y ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Ministerio de Justicia), *Manual de Expropiación Forzosa*, Ed. Thomson-Aranzadi y Ministerio de Justicia, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 58.

En relación con las vías de comunicación, el elevado coste de la conservación y reparación de las carreteras (calculado en algo más de veinte millones de pesetas de la época para 28.902 Km. de carreteras del Estado) obligará a establecer ciertas medidas de «economías» en tales operaciones mediante Real Decreto de 5 de abril de 1893 (Gaceta de Madrid del 7); desarrollado por otras disposiciones.

Ya en el nuevo siglo, el plan general de carreteras mencionado se revisa por Real Decreto de 25 de enero de 1901 (Gaceta de Madrid del 26), que establece la prelación de las carreteras, en cuanto a su ejecución (con cierta relación con la seguridad al dar preferencia a los trozos sin concluir que interrumpan la comunicación, ciertos puentes, etc.). Fijación de prioridades en la construcción de carreteras que se volverá a regular por Real Decreto de 30 de enero de 1903 (Gaceta de 1 de febrero), modificando el orden determinado anteriormente, con mayor detalle (las relativas a altas razones del Estado, las que provengan de un compromiso internacional, los trozos sin concluir que interrumpan la comunicación y los que den comunicación a pueblos aislados, entre otros supuestos).

Seguidamente, mediante Real Orden de 12 de mayo de 1903 (Gaceta de Madrid del 16) se aprueba la Instrucción para el Servicio de Conservación y Reparación de Carreteras, al que se le encomienda vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia de policía de carreteras, y ejecutar los trabajos de conservación de las mismas; e integrándose por peones capataces, peones camineros (teniendo ambos la condición de guardas jurados) y operarios (arts. 1 y 2); y, asimismo, se establece que la «policía de carreteras» tiene por objeto «evitar que se causen daños a sus obras, tanto por el tránsito que se verifique por sus vías, como por las construcciones y labores que se hagan contiguas a las mismas» (art. 3), y la regulación material de las obras de conservación de las carreteras, y su reparación, incluyendo algunas actividades claramente justificadas por razones de seguridad del tránsito (en relación, p. ej., al arreglo de baches o a las deformaciones en el afirmado y recargos del firme) (32).

En relación directa con las expropiaciones, y por lo que se refiere a los caminos vecinales, la Real Orden de 5 de septiembre de 1903 (Gaceta de Madrid del 6) anuncia la construcción, a partir del mes de octubre, de

(32) DEL VAL MELÚS, M. A., «Los pavimentos en las carreteras españolas del siglo XX», en *Revista de Obras Públicas*, nº 2482, noviembre, 2007, pp. 7-24.

2.000 Km. de caminos vecinales repartidos entre diez provincias, para cuya elección se convoca un concurso, en el que una de las bases es la presentación de un compromiso formal de los Ayuntamientos de encargarse de la expropiación de los terrenos que ocupen los mismos. Asimismo, en relación con los mismos, se aprobó la Ley de Caminos Vecinales, de 30 de julio de 1904 (Gaceta de Madrid de 2 de agosto), cuyo art. 9 impide la construcción de camino alguno sin estar incluido en los planes municipales y sin que haya recaído acuerdo del Ayuntamiento comprometiéndose a efectuar las expropiaciones correspondientes, entre otras cuestiones, y se propicia que en los expedientes expropiatorios municipales el acuerdo con los propietarios, aunque si no lo hay se prescribe que será suficiente para ocupar los terrenos consignar el depósito de la cantidad correspondiente a la parte de la finca que se trate de expropiar (art. 17).

Asimismo en materia expropiatoria, la Real Orden de 8 de octubre de 1909 (Gaceta del 10) prevé que, cuando se ordene el replanteo previo a la subasta de un trozo o sección de carretera, se proceda simultáneamente, por las Jefaturas provinciales de obras públicas, a la formación de los respectivos expedientes de expropiación, procurando que se finalicen y estén en disposición de ser pagados a la fecha de inicio de las obras; previsiones que se desarrollan por Real Orden de 20 de septiembre de 1910 (Gaceta de Madrid del 30). Además, la Real Orden de 27 de septiembre de 1910 (Gaceta del 30) establece la obligación de que, en los pliegos de condiciones particulares de obras de carreteras que se subasten, se ha de incluir una cláusula que obligue al contratista, como delegado de la Administración, al pago de las expropiaciones necesarias para la obra, verificando el mismo de acuerdo con la normativa vigente.

De mayor trascendencia es el Reglamento de Policía y Conservación de Carreteras, aprobado por Real Decreto de 3 de diciembre de 1909 (Gaceta de Madrid del 5), que sustituye al de 1867, previendo ciertas medidas de «modernización» de las carreteras, en concreto las relativas a la seguridad de las mismas; junto a la regulación del régimen del tránsito por las carreteras, las obras contiguas a las carreteras y las denuncias y multas.

Teniendo en cuenta la rápida evolución del automóvil, que hizo viejas casi todas las carreteras, en 1914, el viejo plan de 1877 se sustituirá por un nuevo Plan de Carreteras, denominado plan Gasset, que siguiendo las pautas de progreso en la materia establecía como objetivo llegar a

construir una red de 74.000 Km. (de los que casi 50.000 ya lo estaban), y en 1918 se comienzan a emplear los revestimientos asfálticos en las carreteras españolas (en concreto en Bilbao) (33).

Además, la evolución de los medios de transportes obligará, en la Ley de Presupuestos para 1921, a crear una Comisión compuesta por cinco Ingenieros Jefes encargada de proponer reglas de policía para proteger los firmes de las carreteras en relación con los problemas causados por las llantas de los carruajes y de las ruedas de los camiones, así como revisar el Reglamento de 1909. Fruto de su trabajo, el Real Decreto de 29 de octubre de 1920 aprobará, con carácter provisional, el Reglamento de Policía y Conservación de Carreteras y Caminos Vecinales (Gaceta de Madrid del 30). Siguiendo la estructura del anterior, se regulan la conservación de las carreteras (incluyendo en este concepto las mismas y los caminos vecinales), los vehículos que pueden circular por las carreteras, el tránsito por ellas, el régimen de las obras contiguas a las carreteras, como novedad, a continuación se regulan las obras por particulares relacionadas con las carreteras, y reiterándose finalmente las disposiciones en materia de denuncias, multas, responsabilidad e investigación de accidentes.

En este sentido, el Estatuto Provincial de 1925 atribuye a las Diputaciones provinciales la construcción y conservación de los caminos y de las carreteras que no estén incluidas en el plan general del Estado o que, aún estándolo, se le traspasen (art. 107).

El éxito de los automóviles llevó en varios países, y también en España (en 1925 había 113.000 vehículos, de los que sobre 30.000 eran camiones o camionetas, que ya había obligado al Conde de Gualdalthorpe, en el Gobierno de Primo de Rivera, a crear el llamado Circuito de Firmes Especiales, para mejorar el firme, ampliar la sección transversal y corregir deficiencias de las carreteras), a estudiar la concepción de un nuevo tipo de carretera, específicamente destinada a ellos y diseñadas y construidas con un alto grado de seguridad en la circulación vial, como son las autopistas, entre cuyas peculiaridades estará el establecimiento de peajes por su uso. En España, teniendo en cuenta que en 1924 y 1925 el Ministerio de Fomento no había atendido las solicitudes privadas de construir

(33) Sobre la incidencia de la aparición del vehículo automóvil en la red de carreteras desde estos años del siglo XX, ver SÁNCHEZ BLANCO, V., op. cit., pp. 80-86, y ESCARIO Y NÚÑEZ, J. L., «Las carreteras en España», op. cit., pp. 84-86.

las autopistas Madrid-Francia, Valencia-Lisboa, Madrid-Bilbao y Madrid-Valencia, entre 1927 y 1930 se realizaron diversos estudios sobre ellas, y se llegarían a adjudicar diversas concesiones en la materia; que poco después serán anuladas por la II República.

La Constitución de 1931, en la parte dedicada a «*familia, economía y cultura*», establece, en su art. 44, y como instrumento de acción positiva (y ya no como garantía del derecho de propiedad, en sentido negativo) (34), que «*la propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes*»; precepto que, con un marcado sesgo socializador, además, subordina toda la riqueza del país, fuera quien fuese su dueño, a los intereses de la economía nacional, la vincula al sostenimiento de las cargas públicas y permite la socialización de la propiedad, propiciando una importante intervención pública. Además, y por lo que se refiere a las obras públicas y las carreteras, el art. 15 asigna al Estado la legislación en materia de ferrocarriles, carreteras, canales, teléfonos y puertos de interés general, correspondiendo a las Regiones la ejecución, y quedando a salvo para el Estado la reversión y policía de los primeros y la ejecución directa que pueda reservarse el mismo.

La Guerra Civil trajo consigo la destrucción de buena parte de la red de carreteras y del parque automovilístico. Después de la Guerra Civil (35) se pondrá en marcha un plan general de obras públicas, el denominado plan Peña (36) aprobado por Ley el 11 de abril de 1939, complementado por la Instrucción de Carreteras aprobada por Orden Ministerial de 11 de agosto (BOE de 27 de noviembre de 1939), y completado por otro de 18 de abril de 1941, incluyendo los sectores de carreteras, obras hidráulicas y obras marítimas (pero no los ferrocarriles, con problemas jurídicos y económicos), y que preveía únicamente la construcción de 2.000 Km. de nuevas carreteras; dedicándose el principal esfuerzo a la reconstrucción de las destruidas en la contienda, en el acceso a las ciudades, especialmente

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, op. cit., p. 26.

(35) Los textos normativos desde esta época hasta la elaboración de la Ley de Carreteras vigente se recogen completos en la excelente obra del CONGRESO DE LOS DIPUTADOS-SECRETARÍA GENERAL, «Carreteras (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Carreteras)», 2 Tomos, *Documentación*, nº 64, Madrid, 1988.

(36) PEÑA BOEUF, A., «Desarrollo de las obras públicas en España», en *Revista de Obras Públicas*, nº 2775/1946, pp. 357-371.

en Madrid (prolongación del Paseo de la Castellana y enlace al aeropuerto de Barajas), la construcción de viaductos y puentes (Tortosa, Mora del Ebro, Lérida, Peñafiel, Tarifa, Fuengirola o a Alcolea) y a la rectificación urgente de trazados (principalmente en las carreteras Madrid-Zaragoza-Barcelona, Madrid-Irún y Madrid-Valencia. Además, el 18 de diciembre de 1946 se aprobará el plan adicional de caminos locales del Estado.

Por otra parte, se aprueba la Ley de 7 de octubre de 1939 sobre Procedimiento en las Leyes de Expropiación Forzosa (BOE del 12), que redactó el Prof. JORDANA DE POZAS, motivada por las necesidades de una rápida reconstrucción de los daños de la Guerra Civil (de hecho la Exposición de Motivos de la futura Ley de 1954 reconoce que mediante la misma *«hubo de improvisarse, un tanto bajo el apremio de circunstancias de excepción, un procedimiento de urgencia, a fin de conseguir evitar que la utilización de mecanismos legales fuera de fase pusiera trabas o entorpeciera la acción administrativa impulsada al ritmo exigido por la urgencia de la reconstrucción nacional»*, considerándola *«un acierto innegable de política legislativa»*, aunque seguidamente señala que *«eludió conscientemente los problemas capitales que la expropiación plantea»*) y cuya incidencia más destacable fue la de eliminar la exigencia de que el pago de la indemnización fuera previo a la eficacia de la expropiación, en las obras cuya ejecución se declare urgente por el Consejo de Ministros, permitiéndose desde este momento la ocupación de los correspondientes bienes (37).

5. La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y las nuevas Leyes en materia de Carreteras

En el nuevo régimen político, el Fuero de los Españoles de 1945 (38) dispone que la propiedad privada es reconocida y amparada por el Estado, subordinándola a las necesidades de la Nación y al bien común, se prohíbe la pena de confiscación de bienes y se establece que *«nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa*

(37) Como precisa GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después», cit., p. 254.

(38) Su Texto Refundido se aprobó por Decreto 779/1967, de 20 de abril (BOE del 21). La legislación de esta época puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ESCALANTE, J. A., *Legislación Administrativa Básica*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1975.

la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en la leyes». Debiendo destacarse la ampliación de la justificación de la expropiación por la referencia al interés social, ya que, según precisa la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954,

«viene a incorporar jurídicamente una concepción que, habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal, viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad. Consecuentemente la expropiación tiene ahora que ser configurada desde esta nueva perspectiva a fin de brindar a la Administración medios aptos para hacer efectivo el principio contenido en el estatuto fundamental de derechos y deberes de los españoles».

En relación con las vías de comunicación y el sector automovilístico, la situación comenzará a cambiar en los años cincuenta, ya que ENASA, en 1949, comienza la fabricación de vehículos comerciales y SEAT, en 1953, iniciará la venta de vehículos de turismo, habiéndose llegado en 1950 a casi 200.000 vehículos en circulación. Reactivación automovilística que planteó la necesidad de mejorar sustancialmente la red de carreteras, para lo que se adoptó la Ley que aprueba el Plan de Modernización de la Red de Carreteras Españolas, de 18 de diciembre de 1950 (BOE del 19), que afectó a 11.000 Km. de la misma con un plazo de cinco años para la ejecución de las obras. El transporte de mercancías a través de vehículos superó al ferrocarril en 1954 y el de viajeros lo superará en 1957. En 1960 el parque de automóviles alcanzaba ya los 300.000 vehículos, que aumentará con el éxito del famoso «Seat 600» (que se puso a la venta el 27 de junio de 1957). Todo lo cual obligará a la construcción de nuevas carreteras, al reforzamiento del firme de muchas de las ya existentes y al inicio de los estudios para la construcción de autopistas.

En este marco, el Ministerio de Justicia (y no los Ministerios competentes en materia de fomento, obras públicas u otra competencia sectorial) estimó necesario en 1953 iniciar el proceso de reforma de la legislación expropiatoria, encomendando a la Sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos (39) la elaboración del texto, que en principio trataba de refundir toda la normativa en la materia, fuera general o sec-

(39) Integrada por los Profs. GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA, GONZÁLEZ PÉREZ, SERRANO GUIRADO o GASCÓN HERNÁNDEZ. Sobre la elaboración de la Ley, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después», cit., pp. 254-255, y *Los principios...*, cit., pp. 27-36.

torial, posterior a 1879, en particular debido a la incidencia de la Ley de 1939, y adaptarla a las nuevas técnicas administrativas y a la evolución social. El Proyecto de Ley fue remitido por el Gobierno a las Cortes, siendo publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, nº 454, de 11 de enero de 1954, que después de su tramitación se aprobó como Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE del 17).

La nueva Ley expropiatoria es un texto largo, de 141 artículos, que contiene una excelente y clara Exposición de Motivos, dedicando su contenido normativo a los principios generales de la institución (concepto y objeto, sujetos, etc.), al procedimiento expropiatorio general (requisitos previos, necesidad de ocupación, fijación del del justiprecio y pago y toma de posesión), a los procedimientos expropiatorios especiales (a los que dedica el amplio Título III, incluyendo el Capítulo VI a las expropiaciones por causa de colonización y de obras públicas), a las indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños, y finalizando con la regulación de las garantías jurisdiccionales. En cuanto a las obras públicas, en el nuevo texto ya no serán el único motivo que determine la expropiación, por lo que su Exposición de Motivos aclara, para justificar el cambio de orientación, que

«al concebirse la ley general de expropiación [de 1879] prácticamente como limitada a las obras públicas del Estado, la Provincia y el Municipio, el legislador se ha visto obligado a regular los supuestos especiales de la expropiación por normas especiales, si bien con frecuencia, allí donde la excepción ha parecido innecesaria, ha adoptado el procedimiento de remitirse a la legislación general. Esta Ley [de 1954], al ser concebida desde un principio con la pretensión de abarcar en lo posible todo el campo a que pueda alcanzar la expropiación, consta de preceptos que han sido redactados teniendo en cuenta los supuestos peculiares, e incluso, a veces, generalizando las fórmulas que han ido surgiendo en estos procedimientos, por estimarlas más valiosas, desde el punto de vista técnico, que las hasta ahora admitidas con carácter general.

En cuanto no ha sido posible la reducción a preceptos únicos, ha parecido en todo caso preferible arbitrar, dentro de la Ley, procedimientos especiales en los que en general se ha dejado intacta la legislación vigente, salvo en materias que ningún inconveniente hay en generalizar».

Posteriormente, el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa se aprobará por Decreto de 26 de abril de 1957 (BOE del 20 de junio).

No obstante, y a pesar de la finalidad unificadora de la normativa dispersa que tiene la nueva legislación, se aprobarán nuevas normas inclu-

yendo algunas peculiaridades en materia de expropiación (como la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, BOE del 24, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, BOE de 3 de febrero, o la Ley 52/1962, de 21 de julio, de Valoración de Terrenos sujetos a Expropiación en ejecución de los Planes de Vivienda y Urbanismo, BOE del 23).

En esta misma línea de actuación, contando con algunos antecedentes en los años cincuenta, se adoptará la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, reguladora de las Carreteras en régimen de Concesión (BOE del 23), y la Ley de Bases del Plan General de Carreteras que se aprobará por Ley 56/1960, de 22 de diciembre (BOE del 23), con previsiones para dieciséis años; plan que se regulará mediante Ley 90/1961, de 23 de diciembre (BOE del 29).

En relación a las autopistas, teniendo en cuenta que desde 1960 se inician los estudios en la materia y que en 1967 se adjudica la primera concesión, convocada el año anterior, para la construcción y explotación de la autopista de peaje Barcelona-Mataró a la empresa ACESA, y aún antes de sustituir las normas generales en materia de carreteras por otra legislación nueva, se aprobará la Ley 8/1972, de 10 de Mayo, sobre Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en régimen de Concesión (BOE del 11) (40), texto vigente en la actualidad con algunas modificaciones. La autopista se define como aquella «vía especialmente concebida, construida y señalizada como tal, para la circulación de automóviles», caracterizada por no tener acceso a la misma desde las propiedades colindantes, no cruzar a ni ser cruzada al nivel por ninguna otra senda, vía ni línea de ferrocarril o de tranvía, ni tiene servidumbre de paso alguna, y que consta de distintas calzadas en cada sentido de circulación, separadas entre sí por un franja de terreno no destinada a la circulación, salvo casos espaciales (art. 1); teniendo por objeto la Ley la regulación detallada de la concesión de las mismas. Por otro lado, su Capítulo V (arts. 16 a 20) regula la expropiación forzosa y las limitaciones de la propiedad

(40) Por todos, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «En torno a la Ley de Autopistas de Peaje», en *Revista de Administración Pública*, nº 68/1972, pp. 325-358; SANTOS BRIZ, J., «Las Autopistas. Su régimen en el ordenamiento Español», en su obra *Derecho de la Circulación. Estudios*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 323-346, y CASTILLO BADAL, R., «Autopista», *Enciclopedia Jurídica La Ley*, Tomo 03, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008-2009, pp. 1368-1372. La legislación puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ESCALANTE, J. A., *Legislación Administrativa Básica*, obra citada.

privada en la materia, previendo que el Decreto de adjudicación de la concesión implica la declaración de utilidad pública de las obras y que la necesidad de ocupación de los bienes incluidos en el interior de la línea poligonal que defina la zona de expropiación se entiende implícita en la aprobación por el Ministerio de Obras Públicas de los proyectos de trazado de la misma; reputándose la misma como urgente. Además, el concesionario tiene la condición de beneficiario a efectos expropiatorios, debiendo pues abonar las indemnizaciones de toda índole necesarias para la ejecución del proyecto.

En este mismo año, se elaborará el Programa de Autopistas Nacionales Españolas (PANE), que define una red de vías radiales y periféricas que unen los centros económicos del país y las fronteras con Francia y Portugal, destacando entre sus logros la Autopista del Mediterráneo (A-7) y los accesos a y las salidas de Madrid.

Poco después se aprobará la Ley 51/1974, de 19 de diciembre, de Carreteras (BOE del 21) (41), cuyo objeto es la regulación de la planificación, proyección, construcción, conservación, financiación, uso y explotación de las carreteras; entendidas como las vías de dominio y uso públicos proyectadas y construidas para la circulación de vehículos automóviles, y distinguiendo las autopistas (reproduciendo la definición de la Ley de 1972) y las autovías (carreteras que, no reuniendo las características de las anteriores, estén concebidas, construidas y señalizadas para la exclusiva circulación de automóviles y no tengan acceso a ellas desde las propiedades colindantes), y desde el punto de vista de su titularidad, se distinguen las carreteras del Estado, de las Provincias y de los Municipios (arts. 1 y 2, y 45 y 46 respecto a las primeras). Regulándose asimismo, como uno de los ejes esenciales de la Ley, la planificación en la materia (arts. 8 a 10).

Desde el punto de vista de la seguridad de las mismas, y también siguiendo a la anterior Ley, ciertas medidas en la materia son visibles al regularse el uso y defensa de las carreteras (distinguiendo la zona de dominio público, la de servidumbre y la de afección, así como la línea de edificación, previéndose en ellas medidas y prohibiciones relacionadas

(41) CLIMENT BARBERÁ, L., «Las carreteras y autopistas de peaje», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 197/1978, pp. 27-64.

con la seguridad, que han de ser exigidas y controladas por las Administraciones Públicas, según los casos) (arts. 32 a 40).

La circulación por las carreteras se remite al Código de Circulación, permitiendo al Ministerio de Obras Públicas, y sin perjuicio de las competencias del Ministerio de la Gobernación, imponer limitaciones temporales o permanentes de circulación, en determinadas circunstancias y con determinadas condiciones, de carácter excepcional. También se prevé la responsabilidad de quienes de cualquier modo realicen actos que causen daños en las carreteras y sus elementos (previendo la clasificación de las infracciones en consideración a los perjuicios causados, al riesgo creado y a la intencionalidad del causante), así como la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (arts. 41 a 44).

6. La legislación vigente en materia de expropiación forzosa y de carreteras en el marco de la Constitución Española de 1978, y su situación actual

La Constitución Española de 1978, como es bien sabido, establece que «España se constituye en un Estado social» (art. 1-1^º); asumiendo la teoría del «Estado Social», que pregona la responsabilidad e intervención del Poder Público en la satisfacción y en la consecución de objetivos sociales variados. Previsión constitucional que tiene una incidencia capital tanto en la propiedad privada y como en la expropiación forzosa, al traer consigo la idea de la función social de la propiedad, que supone un elemento de este que hace referencia al destino y finalidad del bien correspondiente, incorporando así intereses sociales o colectivos, de acuerdo con lo establecido por el legislador (identificación que, como sabemos, ya había hecho la Ley de Expropiación Forzosa de 1954) (42). Teoría y función que son visibles con claridad en el art. 33-CE (como uno de los derechos de los ciudadanos, recogidos en la Sección 2^ª, del Capítulo II, sobre «Derechos y libertades», del Título I, «De los derechos y deberes fundamentales»), al señalar:

- «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

(42) MUÑOZ GUIJOSA, M^º. A., *El derecho de propiedad del suelo...*, obra citada, pp. 116 y 121.

3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con dispuesto por las leyes».*

En relación con el mismo, la importante STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza, señala que

«...Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificialmente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la Sentencia 111/1983 (fundamento jurídico 8º), desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que «cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación».

En efecto, la referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

Doctrina constitucional que reiteran las SsTC 227/1993, de 9 de julio, 109/2003, de 5 de junio, y 152/2003, de 17 de julio, así como la STS de 4 de mayo de 2004 (Ar.3947), que se refiere a la función social como factor determinante de la delimitación legal del derecho de propiedad, la STS de 27 de abril de 2005 (Ar. 6799) o la STS de 17 de

noviembre de 2006 (Ar. 8932), entre otras, y que supone el marco de interpretación de la legislación de expropiación y en materia de obras públicas y carreteras.

Así, de acuerdo con lo anterior en relación con la expropiación forzosa, el Tribunal Constitucional, como ya hemos destacado anteriormente, ha recalado la doble naturaleza de la expropiación como técnica destinada tanto a la consecución de los intereses públicos como a garantizar los intereses económicos privados; es decir, que además de ser un medio indeclinable del que los Poderes Públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines, constituye también una garantía constitucional del derecho de propiedad privada (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ nº 4, citando otras).

Es más, continua la STC 48/2005, de 3 de marzo, señalando que

«...la institución de la expropiación forzosa supone «un sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas) tendentes a asegurar los patrimonios privados frente a las intromisiones del poder público (de la Administración, sobre todo) fundamentadas en apreciaciones de conveniencia o necesidad pública, exigiéndose por la Constitución que tales privaciones de bienes o derechos se realicen sólo cuando concurra «causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»(STC 301/1993, de 21 de octubre, FJ 3).

Desde esta segunda dimensión de la expropiación, en tanto que garantía de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos, el art. 33.3 CE establece un triple aseguramiento: 1) Toda operación expropiatoria debe efectuarse en función de una causa expropriandi, esto es, debe estar dirigida a la realización de un fin de utilidad pública o interés social; 2) Los expropiados tienen derecho a percibir la correspondiente indemnización; y, 3) La expropiación debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en las leyes» [FJ nº 4].

Teniendo en cuenta el protagonismo que la teoría del Estado social exige de los Poderes Públicos, y más concretamente de la Administración Pública, así como la descentralización territorial de esta que el Texto Constitucional prevé, ha de precisarse la distribución de competencias entre las Administraciones, tanto en materia obras públicas y carreteras como en relación con la expropiación forzosa.

Así, la Constitución Española de 1978, en materia de obras públicas y carreteras, reserva al Estado las competencias sobre «obras públi-

cas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma», así como los transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, y el régimen general de las comunicaciones (art. 149-1º, 21º y 24º). Por su parte, el art. 148-CE prevé que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias en materia de obras públicas de interés de la Comunidad en su propio territorio y de ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable (Apdo. 1º, 4º y 5º).

En relación con la expropiación, la Constitución Española reserva al Estado la legislación sobre expropiación forzosa (art. 149-1º, 18º); en base a lo cual, la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (BOE del 15), reitera que será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas la legislación sobre expropiación forzosa (art. 12).

Es, pues, en el marco de este régimen constitucional en que debe interpretarse la aún vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE del 17), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (BOE de 20 de junio) (43).

Concebida la expropiación forzosa como toda intervención administrativa que implique privación singular de propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos, por razón de utilidad pública o interés social, previo pago de su valor económico y de acuerdo con la ley (art. 33-CE y arts. 1-LExF y 1-RExF), la Ley regula en primer término los sujetos de la expropiación (expropiante, expropiado y beneficiario), su objeto (propie-

(43) En general sobre el régimen legal de la expropiación forzosa, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., pp. 201-347; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, cit., pp. 431-487; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, «Parte General: conclusión», 10ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 210-211; PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Tomo I, «Parte General», cit., pp. 565-630, y «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», en *Documentación Administrativa*, nº 222/1990, Monográfico sobre «La Expropiación Forzosa», pp. 41-78; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 727-751; ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Ministerio de Justicia), *Manual de Expropiación Forzosa*, Ed. Thomson-Aranzadi y Ministerio de Justicia, Cizur Menor (Navarra), 2007; SOSA WAGNER, F. (Dir.), QUINTANA LÓPEZ, T., TOLIVAR ALAS, L., y FUERTES LÓPEZ, M., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2003, y SENDÍN, C., y ASOCIADOS-MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Manual de procedimientos de Expropiación Forzosa*, Ed. MAP, Madrid, 1990.

dad privada y derechos e intereses patrimoniales legítimos) y la causa expropiatoria, es decir los motivos o la finalidad que justifican la privación singular de los bienes por la Administración, constituyendo una de las garantías de la propiedad privada (art. 33-CE y STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ nº 13).

Causa de la expropiación que hace referencia a cualquier motivo de interés público, distinguiéndose legalmente la utilidad pública, que incluye naturalmente las obras públicas, como en el pasado (referida a los bienes inmuebles), o el establecimiento de servicios públicos, y el interés social para hacer referencia a cualquier necesidad colectiva, incluyendo beneficiarios privados y bienes muebles; concepto este último mucho más amplio, y que plasma una evolución del instituto expropiatorio, tal como precisa la STS de 16 de julio de 1997, Ar. 6079, al argumentar que la concepción de la causa de la expropiación como necesariamente referida a la realización de obras o al establecimiento de servicios públicos ha dejado paso, en la compleja y cambiante sociedad contemporánea, a una nueva configuración de esta potestad, coexistente con la anterior, como un instrumento al servicio de políticas de orden sectorial relacionadas con la consecución de finalidades de interés social de la más variada índole (44). Es más, esta misma STS de 16 de julio de 1997, Ar. 6079, y la de 8 de octubre de 1999, Ar. 8663, precisan que *«la fijación de fines de interés social se halla en el núcleo de la actividad discrecional del legislador, quien, atendiendo a las necesidades y sensibilidades sociales de cada momento, goza de un margen razonable para determinar qué fines, en una situación determinada, pueden revestir suficiente trascendencia para ser considerados como de interés social»* (45).

En este sentido, y resaltando su importancia, el art. 9-LExF establece que la previa declaración de utilidad pública o interés social es indispen-

(44) NIETO, A., «Evolución expansiva del concepto de la Expropiación Forzosa», en *Revista de Administración Pública*, nº 38/1962, pp. 67-121.

(45) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., pp. 57-64; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., pp. 226-227; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, cit., pp. 462-463; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 729-730; SOSA WAGNER, F. (Dir.), QUINTANA LÓPEZ, T., TOLIVAR ALAS, L., y FUERTES LÓPEZ, M., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, cit., pp. 53-55, y ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO [Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Ministerio de Justicia], *Manual de Expropiación Forzosa*, op. cit., pp. 71-72 y 342-355.

sable para proceder a la expropiación forzosa, y si no existe la misma, se produciría una privación de bienes por la vía de hecho, ante la cual podrían utilizarse como defensa los interdictos correspondientes (ex art. 125-LExF). Efectivamente, tiene tanta trascendencia la causa expropiatoria que tales motivos han de permanecer adheridos al destino del bien expropiado, pues de no ser así, y se produce cualquier omisión o cambio, estaría justificada la reversión (ex arts. 54 y 55-LExF, y SsTS de 6 de febrero de 1980, Ar. 351, de 23 de julio de 1984, Ar. 4030, y de 7 de febrero de 1989, Ar. 1085, entre otras).

En términos generales, la declaración de utilidad pública o interés social ha de hacerse por norma legal (como es el caso de las obras de carreteras y de otras obras públicas, según la legislación sectorial correspondiente), mediante declaración genérica con especificación posterior (en materia de patrimonio histórico o defensa, p. ej.) o implícita, en concreto en los planes de obras y servicios de cualquiera de las Administraciones Territoriales, como ya señalaba la vieja Ley de Obras Públicas de 1877 y actualmente se precisa en la normativa sectorial, incluyendo la referida a obras de carreteras (arts. 9 a 13-LExF) (46).

A continuación, la Ley (Título II) regula el procedimiento expropiatorio como cauce de ejercicio de la potestad expropiatoria y como una de las garantías de los derechos correspondientes, ya que protege los derechos de los ciudadanos a la igualdad y a la seguridad jurídica, al establecerse el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente preestablecidas, y cuya observancia impida expropiaciones discriminatorias o arbitrarias (SsTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ nº 13, y 48/2005, de 3 de marzo, FJ nº 4 y 5), pues su omisión impide que tal privación

(46) En relación con la aplicación práctica de esta declaración se muestra muy crítico FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R., en su trabajo «Por una nueva ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio», en *Revista de Administración Pública*, nº 166/2005, pp. 7-27, al señalar que

«La expropiación forzosa es en la actualidad la vergüenza del Derecho Público español. En ninguno de los países de nuestro entorno es tan fácil privar a un ciudadano de su propiedad como en el nuestro. La declaración de utilidad pública o interés social de la causa legitimadora del ejercicio de la potestad expropiatoria se entiende hoy implícita como regla general en cualquier actuación de las Administraciones Públicas a resultas de la proliferación de Leyes sectoriales que así lo establecen, lo que ha terminado por eliminar pura y simplemente lo que la Ley general de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 calificó de auténtico presupuesto, de requisito «indispensable» de toda operación expropiatoria, calificación que hoy resulta directamente del artículo 33 de la Constitución»; y una opinión parecida mantiene sobre la necesidad de ocupación (la cita en p. 7).

de bienes pueda ser calificada de expropiación (siendo posible utilizar los interdictos señalados). Este procedimiento expropiatorio ordinario (por existir otros especiales, con ciertas peculiaridades) consta de las fases de necesidad de ocupación (tendente a individualizar los bienes a expropiar y a sus titulares, ex arts. 15 a 23-LExF), la de determinación del justo precio (en que se tasan y valoran los bienes y derechos objeto de la expropiación, ex arts. 24 a 47-LExF) y finalmente la fase de pago y toma de posesión (en que se procede al pago del justiprecio por el beneficiario y a la ocupación real del bien expropiado, ex arts. 48 a 55-LExF).

No obstante, como es sabido, se admiten expropiaciones legislativas (47) que incidan en el procedimiento general señalado, justificándose por la singularidad del supuesto de hecho que la legitima y siempre que las especialidades sean razonables, y que no supongan dispensas del procedimiento general (SsTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ nº 13, y 48/2005, de 3 de marzo, FJ nº 4).

Además, la LExF, teniendo en cuenta que, según su EM, «[l]a amplia concepción que conviene adoptar en la fijación del ámbito normativo de la ley, lleva empero consigo no desconocer las peculiaridades que la expropiación puede exigir en ciertos supuestos sea por la índole del objeto, por la del fi, e incluso en atención a la Administración que lleva a cabo la expropiación», prevé en su Título III (arts. 59 a 107) algunos procedimientos expropiatorios especiales (no completos, sino estableciendo peculiaridades sobre el ordinario), justificados por razones materiales diversas (tales como la expropiación por zonas o grupos de bienes, por incumplimiento de la función social de la propiedad, de bienes de valor histórico-artístico o arqueológico, por Entidades Locales o por razón de urbanismo, de expropiaciones que den lugar a traslado de poblaciones, por causa de colonización o de obras públicas, en materia de propiedad industrial o por razones de defensa nacional y seguridad del Estado), en los que se hace bien visible la expansión de la finalidad de la expropiación, frente a la legislación histórica, que en la práctica hacía referencia únicamente a las obras públicas. Entre ellos, y aunque hay referencias a las obras públicas en algunas de las normas, es el art. 98-LExF (y el art. 120-RExF) el dedicado específicamente a las expropiaciones por causa de

(47) Sobre estas expropiaciones, y críticamente, vid. PARADA VÁZQUEZ, R., «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», cit., pp. 41-78

obras públicas, incluyendo una matización orgánica en el procedimiento, de menor trascendencia.

Finalmente, la LExF regula las indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños (arts. 108 a 123) y las garantías jurisdiccionales (arts. 124 a 128).

No obstante, junto a las disposiciones generales citadas, también han de tenerse en cuenta las previsiones en materia de expropiación forzosa de las numerosas normas sectoriales (48), y concretamente, las relativas a carreteras y otras obras públicas (49).

Efectivamente, en base a estas previsiones, a la adecuación a la Constitución Española y a la distribución de competencias, así como a la propia situación real de la red nacional de carreteras (50), surge la necesidad de sustituir la Ley de 1974, aprobándose la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (BOE del 30) (51), modificada después, y desarrollada mediante el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, que aprueba el Reglamento General de Carreteras (BOE del 23), también modificado, y Orden FOM/331/2010, de 17 de diciembre, que aprueba la Instrucción sobre mejora de la eficacia en la ejecución de obras públicas de infraestructuras ferroviarias, carreteras y aeropuertos (BOE del 23).

(48) ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Ministerio de Justicia), *Manual de Expropiación Forzosa*, op. cit., pp. 63-66.

(49) ALONSO CLIMENT, A. M^º., «El procedimiento expropiatorio y su relación con la obra pública», en VARIOS AUTORES, *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Ministerio de Hacienda-Subsecretaría, Madrid, 2003, pp. 91 a 115.

(50) SÁNCHEZ BLANCO, V., op. cit., pp. 84-204; PÉREZ TOURIÑO, E., «Transformaciones y problemas de la red viaria», *Economistas*, monográfico sobre *Diez años con Europa*, n^º 66-67/1995, pp. 149-157; ARIÑO ORTIZ, G., y VILLAR EZCURRA, J. L., «Las Infraestructuras en España, un reto para el nuevo milenio», en *Revista de Obras Públicas*, n^º 3400, Julio-Agosto, 2000, pp. 117-128, y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública», pp. 103-105.

(51) Sobre las cuestiones constitucionales y competenciales, y la propia Ley, ver MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 35-85; QUINTANA LÓPEZ, T. y FERRERO CALZADA, E., «Obras públicas estatales y competencias urbanísticas», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n^º 231/1986, pp. 561-568; PEMÁN GAVÍN, J., «Sobre la regulación de las carreteras en el Derecho Español: Una visión de conjunto», en *Revista de Administración Pública*, n^º 129/1992, pp. 117-161; BERBEROFF AYUDA, D., «Carreteras», en *Enciclopedia Jurídica La Ley*, Tomo 04, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008-2009, pp. 1879-1883, y el completo trabajo de BURZACO SAMPER, M^º., y ABAD LICERAS, J. M^º., *Carreteras y Autopistas. Visión jurisprudencial*, Ed. Dykinson-Ministerio de Fomento, Madrid, 2007.

La legislación vigente puede verse en MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Siguiendo el modelo normativo de la anterior, la nueva Ley de Carreteras tiene por objeto la regulación de la planificación, proyección, construcción, conservación, financiación, uso y explotación de las carreteras estatales; definiendo las carreteras como las vías de dominio y uso públicos proyectadas y construidas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles, y distinguiendo por sus características las autopistas (reproduciendo la definición de las Leyes de 1972 y 1974) y las autovías (carreteras que, no reuniendo las características de las anteriores, tienen calzadas separadas para cada sentido de la circulación y limitación de acceso a las propiedades colindantes), vías rápidas (que, como novedad, son las carreteras de una sola calzada y con limitación total de acceso a las propiedades colindantes) y carreteras convencionales (que no reúnen las características propias de las tres anteriores); además, desde el punto de vista de su titularidad y competencias, se consideran carreteras estatales las integradas en un itinerario de interés general (debiendo tenerse en cuenta que la STC 65/1998, de 22 de abril, admite que una carretera de itinerario puramente autonómico pueda ser considerada de titularidad estatal) o cuya función en el sistema de transporte afecte a más de una Comunidad Autónoma, y que constituyen la Red de Carreteras del Estado (art. 1, 2 y 4); cuya competencia estatal para su sostenimiento se vincula nítidamente con la referencia a las obras públicas de interés general del art. 149-1^º-24^º, CE, por la STC 65/1998, de 22 de abril, y por la STC 132/1998, de 18 de junio, que incluye un resumen de la doctrina constitucional en la materia. Regulándose asimismo, como uno de los ejes esenciales de la Ley, la planificación (52), los estudios y proyectos, incluyendo la evaluación ambiental (53), la construcción, la financiación y la explotación de la carretera (arts. 5 a 19).

En materia expropiatoria, la Ley de Carreteras precisa que la aprobación de los proyectos de carreteras nacionales implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación de los bienes y adquisición de derechos correspondientes, a los fines de expropiación, de ocupación temporal o imposición o modificación de servidumbres; para lo que los proyectos de carreteras y sus modificaciones han de comprender la

(52) MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., *Carreteras. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989.

(53) LÓPEZ RAMÓN, F., «Evaluación de impacto ambiental de proyectos del Estado», en *Revista de Administración Pública*, nº 160/2003, pp. 11-48.

definición del trazado de las mismas y la fijación de los terrenos, construcciones u otros bienes o derechos que se estime preciso ocupar o adquirir para la construcción, defensa o servicio de las mismas y la seguridad de la circulación (art. 8). Por otra parte, la expropiación de bienes y derechos, y la imposición de servidumbres, necesarias para la construcción de las carreteras se remite a la Ley de Expropiación Forzosa; precisando que, ante la necesidad de expropiar instalaciones de servicios o accesos, la Administración podrá optar en sustituir la expropiación por la reposición de aquéllos, correspondiendo lo resultante al titular de los mismos (art. 11). Además, se permite, y regula, la expropiación de bienes existentes en la zona de servidumbre y en la comprendida hasta la línea límite de edificación, entendiéndose implícita la declaración de utilidad pública, siempre que existiese previamente un proyecto aprobado (art. 26).

Además, desde el punto de vista de la seguridad de las mismas, y también siguiendo a las anteriores Leyes, ciertas medidas en la materia son visibles al regularse el uso y defensa de las carreteras, distinguiendo la zona de dominio público, la de servidumbre y la de afección, así como la línea de edificación, previéndose en ellas medidas y prohibiciones relacionadas con la seguridad (como en la zona de servidumbre en la que no se permiten más usos que aquellos «que sean compatibles con la seguridad vial» o la prohibición de realizar publicidad en cualquier lugar visible desde la zona de dominio público de la carretera, fuera de los tramos urbanos, sobre la cual es importante la STS de 30 de diciembre de 1997 sobre el famosísimo «toro de Osborne»), que han de ser exigidas y controladas por la Administración General del Estado; incluso se prevé la demolición de las obras prohibidas realizadas en las zonas señaladas (arts. 20 a 28).

Por otra parte, la Ley permite al actual Ministerio de Fomento, y sin perjuicio de las competencias de otros Ministerios, imponer limitaciones temporales o permanentes de circulación en ciertos tramos o partes de las carreteras, cuando las condiciones, situaciones, exigencias técnicas o seguridad vial de las carreteras estatales lo requieran; e incluso se prevé la posibilidad de desviar el tráfico de los vehículos.

También regula el texto la potestad sancionadora de la Administración General del Estado en la materia, debiendo destacarse que algunas de las infracciones previstas tienen relación con la generación de situaciones de riesgo y que afectan a la seguridad vial (arts. 31 a 35).

Finalmente, la Ley de Autopistas de 1972 (54), que continua en vigor, y a cuyo contenido ya nos hemos referido, si bien ha sufrido algunas modificaciones de interés, entre las que podemos destacar la llevada a cabo por la Ley 13/2003, de 23 de Mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (BOE del 24)), la cual, entre otras cuestiones, establece que la declaración de utilidad pública de las obras objeto del contrato a los efectos de la expropiación forzosa se regirá por la legislación específica, y que la aprobación del proyecto de las obras y la adjudicación del contrato de concesión llevan aparejados la necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de derechos necesarios para su ejecución asimismo a efectos de expropiación y ocupación temporal de los bienes y derechos afectados, respecto de los cuales el concesionario, como es sabido, asume la condición de beneficiario en la misma, y asimismo asigna, en el ámbito de la Administración General del Estado, el reconocimiento de la utilidad pública al Departamento competente por razón de la materia (Disp. Ad. 6ª) (55).

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, F.: *Manual de Aguas, Expropiación y Colonias Agrícolas*, 4ª ed., Administración calle de las Torres, Madrid, 1877.

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Ministerio de Justicia), *Manual de Expropiación Forzosa*, Ed. Thomson-Aranzadi y Ministerio de Justicia, Cizur Menor (Navarra), 2007.

ALONSO CLIMENT, A. Mª.: «El procedimiento expropiatorio y su relación con la obra pública», en VARIOS AUTORES, *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Ministerio de Hacienda-Subsecretaría, Madrid, 2003, pp. 91 a 115.

(54) CASTILLO BADAL, R., «Autopista», en *Enciclopedia Jurídica La Ley*, Tomo 03, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008-2009, p. 1372, y CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2007.

(55) Este contrato, como es sabido, se regula actualmente en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE del 31); la cual deroga el Texto Refundido en materia de contratos de 2000, pero sin embargo no deroga esta Disp. Ad. 6ª de la Ley de 2003, citada.

- ALZOLA Y MINONDO, P.: «Ley de Expropiación Forzosa», en *Revista de Obras Públicas*, nº 8/1879, pp. 93-100, y nº 9/1879, pp.97-100.
- *Historia de las Obras Públicas en España* (originalmente *Las Obras Públicas en España. Estudio histórico*, Imprenta de la Casa de la Misericordia, Bilbao, 1899), Prólogo y estudio introductorio de A. BONET CORREA, 2ª ed. (la primera es de 1979), Ed. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1994.
- ARIÑO ORTIZ, G., y VILLAR EZCURRA, J. L.: «Las Infraestructuras en España, un reto para el nuevo milenio», en *Revista de Obras Públicas*, nº 3400, julio-agosto, 2000, pp. 117-128.
- ARRAZOLA, L., y otros: «Caminos» (Voz), *Enciclopedia Española de Derecho y Administración o nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*, Tomo VII, Imprenta Díaz y Cía., Madrid, 1853, pp. 237 y ss.
- AUTOMÓVIL (Voz): *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana (Enciclopedia Espasa)*, Tomo VI, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1909 (ed. de 1975).
- AUTOMÓVIL (Voz): *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Tomo III, Barcelona, autorizada en 1910.
- BASSOLS COMA, M.: «Limitaciones del dominio desde la perspectiva del Derecho Público», en DE DIOS S. (Coord.) y otros, *Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones de dominio*, Ed. Colegio de Registradores de España, Madrid, 2009, pp. 735-806.
- BERBEROFF AYUDA, D.: «Carreteras», *Enciclopedia Jurídica La Ley*, Tomo 04, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008-2009.
- BERMEJO VERA, J. (Dir.), y otros: *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 7ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2009.
- BURZACO SAMPER, Mª., y ABAD LICERAS, J. Mª.: *Carreteras y Autopistas. Visión jurisprudencial*, Ed. Dykinson-Ministerio de Fomento, Madrid, 2007.
- CARBONELL ROMERO, A.: *Las infraestructuras en España: carencias y soluciones*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990.
- CARRETERA (Voz): *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana (Enciclopedia Espasa)*, Tomo XI, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1911 (ed. de 1978), pp. 1341-1354.

- CASARES MARCOS, A.: *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2007.
- CASTILLO BADAL, R.: «Autopista», en *Enciclopedia Jurídica La Ley*, Tomo 03, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008-2009, pp. 1368-1372.
- CLAIRAC SÁENZ, P.: «La Administración de obras públicas en el período revolucionario», en *Revista de Obras Públicas*, nº 19/1871, pp. 43-48.
- CLIMENT BARBERÁ, L.: «Las carreteras y autopistas de peaje», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 197/1978, pp. 27-64.
- COLMEIRO, M.: *Derecho Administrativo Español*, 3ª ed., Tomo III, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1865.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS-SECRETARÍA GENERAL: «Carreteras (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Carreteras)», 2 Tomos, *Documentación*, nº 64, enero, Madrid, 1988.
- DANVILA, M.: *El Libro del Propietario*, 2ª ed., Imprenta de José Ruiz Editor, Valencia, 1862.
- DE LA CÁMARA, M.: *Guía administrativa de Obras Públicas*, Imprenta de D. Marcelo Martínez Alcubilla, Madrid, 1860.
- DE MADRAZO, F.: *Manual de aplicación práctica de la Ley y de las Reales disposiciones vigentes sobre Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, Imprenta de Manuel Anoz, Madrid, 1860.
- DE MELGAR Y ABREU, B. (Marqués de San Juan de Piedras Albas): *Tratado de Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública*, prólogo de F. SILVELA, Miguel Romero Impresor, Madrid, 1889.
- DEL VAL MELÚS, M. A.: «Los pavimentos en las carreteras españolas del siglo XX», en *Revista de Obras Públicas*, nº 2482, noviembre, 2007, pp. 7-24.
- DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS (Ministerio de Fomento), *Memoria sobre el estado de las obras públicas en España en 1856*, Imprenta Nacional, Madrid, 1856, pp. 13-15 (Ed. facsimilar del Ministerio de Fomento, Madrid, 2001).
- DIZ BERCEDONIZ, M.: «Las expropiaciones de terrenos para la ejecución de carreteras del Estado», en *Revista de Obras Públicas*, nº 43/1896, pp. 228-229.

- ESCARIO Y NÚÑEZ, J. L.: «Las carreteras en España», en *Revista de Obras Públicas*, Número Especial del Centenario, nº 101/1953, pp. 81-88.
- ESTEVE PARDO, J.: *Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- F. L.: «La Expropiación Forzosa por causa de la utilidad pública», en *Revista de Obras Públicas*, nº 24/1872, pp. 273-278, nº 4/1873, pp. 46-51, nº 5/1873, pp. 53-56, nº 6/1873, pp. 65-68, nº 7/1873, pp. 77-81, nº 8/1873, pp. 89-92, nº 9/1873, pp. 101-105, nº 10/1873, pp. 114-118.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública», en *Diario La Ley*, nº 7130, 9 de marzo de 2009, pp. 1-9.
- «Riesgo, seguridad, circulación de vehículos, carreteras y obligaciones de la Administración Pública», en *Tráfico y Seguridad Vial*, nº 123/ Marzo de 2009, pp. 81-106.
- «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños sufridos en accidentes de tráfico», en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), y otros, *La Responsabilidad de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1369-1434.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales», en *Revista de Administración Pública*, nº 67/1972, pp. 147-196.
- «Las Obras Públicas», en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, enero-diciembre, 1983, pp. 2427-2469.
- «Obras Públicas», *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Francisco Seix, Tomo XVIII, Barcelona, 1986, pp. 289 y ss.
- «Por una nueva ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio», en *Revista de Administración Pública*, nº 166/2005, pp. 7-27.
- FRAX ROSALES, E.: «Las Leyes de Bases de Obras Públicas en el siglo XIX», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 93/1996, pp. 513-528.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956. Ed. facsímil de Ed. Civitas, Madrid, 1984.
- «La Ley de Expropiación Forzosa de 1954, medio siglo después», en *Revista de Administración Pública*, nº 156/2001, pp. 251-268.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ESCALANTE, J. A.: *Legislación Administrativa Básica*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1975.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- GARRIDO FALLA, F.: «Tratado de Derecho Administrativo», Vol. II, *Parte General: conclusión*, 10ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «En torno a la Ley de Autopistas de Peaje», en *Revista de Administración Pública*, nº 68/1972, pp. 325-358.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (Dir.), y otros: *Diccionario de Obras Públicas y Bienes Públicos*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- *Derecho de los Bienes Públicos*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCÍA ORTEGA, P.: *Historia de la Legislación Española de Caminos y Carreteras*, Ed. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1982.
- IBARRA Y RODRÍGUEZ, E. (Dir.), y otros: «Historia del Mundo en la Edad Moderna», 2ª ed. esp., Tomo VII, *La Revolución Francesa*, Ed. Ramón Sopena, Barcelona, 1949.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «Evaluación de impacto ambiental de proyectos del Estado», en *Revista de Administración Pública*, nº 160/2003, pp. 11-48.
- MARFIL, M.: «Expropiación forzosa. Derecho político y administrativo», en *Enciclopedia Jurídica Española*, de Fco. Seix Ed., Tomo XV, Barcelona (declarada de utilidad pública en 1910), pp. 411-481.
- MARTÍN CAMPOS, M.: «Las expropiaciones de terrenos para la ejecución de carreteras del Estado», en *Revista de Obras Públicas*, nº 13/1896, pp. 155-158.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C.: *Carreteras. Su régimen jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 35-85.
- MEDINA CASTILLO, J. E.: *Tecnología, Medio Ambiente y Trabajo (Crisis de «modernidad» y viejos problemas)*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 1995.
- MELÓN MUÑOZ, A., y otros: «Administrativo 2005-2006», en *Memento Práctico*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2005.
- MUÑOZ GUIJOA, M^a. A.: *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- NIETO, A.: «Evolución expansiva del concepto de la Expropiación Forzosa», en *Revista de Administración Pública*, n^o 38/1962, pp. 67-121.
- ORDUÑA REBOLLO, E., y COSCULLUELA MONTANER, L.: *Historia de la Legislación de Régimen Local*, Ed. Iustel y Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2008.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: «Evolución y crisis del instituto expropiatorio», en *Documentación Administrativa*, n^o 222/1990, Monográfico sobre «La Expropiación Forzosa», pp. 41-78.
- *Derecho Administrativo*, Tomo I, «Parte General», 13^a ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2002.
- PELAYO, E.: «Nota sobre las expropiaciones para la construcción de los ferrocarriles», en *Revista de Obras Públicas*, n^o 15/1867, pp. 4-10.
- PEMÁN GAVÍN, J.: «Sobre la regulación de las carreteras en el Derecho Español: Una visión de conjunto», en *Revista de Administración Pública*, n^o 129/1992, pp. 117-161.
- PEÑA BOEUF, A.: «Desarrollo de las obras públicas en España», en *Revista de Obras Públicas*, n^o 2775/1946, pp. 357-371.
- PÉREZ TOURIÑO, E.: «Transformaciones y problemas de la red viaria», en *Economistas*, monográfico sobre «Diez años con Europa», n^o 66-67/1995, pp. 149-157.
- QUINTANA LÓPEZ, T., y FERRERO CALZADA, E.: «Obras públicas estatales y competencias urbanísticas», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n^o 231/1986.

- RICO LINAJE, R.: *Constituciones Históricas. Ediciones oficiales*, 3ª ed., Ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.
- RODRÍGUEZ MORO, N.: «La Expropiación Forzosa en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Administración Pública*, nº 34/1961, pp. 121-179.
- «Expropiación Forzosa», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Fco. Seix, Tomo IX, Barcelona, 1975, pp. 320-357.
- ROSADO PACHECO, S.: «La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)», en *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Extremadura*, nº 6/1988, pp. 211-279.
- ROYO VILLANOVA, A.: «Carreteras», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editores, Tomo, V, Barcelona (Enciclopedia autorizada en 1910), pp. 162-258.
- SALETA Y JIMÉNEZ, J. M^ª.: *Tratado de Aguas, Expropiación Forzosa, Obras Públicas, Agricultura y Colonias Agrícolas*, 3ª ed., Imprenta de la Viuda é Hijos de J. A. García, Madrid, 1879.
- SÁNCHEZ BLANCO, V.: «Las Carreteras», en CARBONELL ROMERO, A., y otros: *Las infraestructuras en España: carencias y soluciones*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1990, pp. 72-84.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
- SÁNCHEZ TERÁN, S., y otros: *La formación del espacio histórico: Transportes y comunicaciones*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, 2ª ed. Ed. Iustel, Madrid, 2009.
- SANTOS BRIZ, J.: «Las Autopistas. Su régimen en el ordenamiento Español», en *Derecho de la Circulación. Estudios*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 323-346.
- SENDÍN, C., y ASOCIADOS-MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Manual de procedimientos de Expropiación Forzosa*, Ed. MAP, Madrid, 1990.

- SOLDEVILLA, C.: «Obras Públicas. Derecho Administrativo», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Francisco Seix, Tomo XXIII, Barcelona (autorizada en 1910), pp. 645-647.
- SOSA WAGNER, F. (Dir.), QUINTANA LÓPEZ, T., TOLIVAR ALAS, L., y FUERTES LÓPEZ, M.: *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2003.
- URIOL, J. I.: «Las carreteras y los canales de navegación en los reinados de Fernando VI y Carlos III», en *Revista de Obras Públicas* (I), nº 3159, julio, 1978, pp. 533-546, (II), nº 3160, agosto, 1978, pp. 625-636, y (III), nº 3161, septiembre, 1978, pp. 679-690.
- VARIOS AUTORES: «La Expropiación Forzosa», en *Documentación Administrativa*, nº 222/1990, Monográfico.
- VARIOS AUTORES, *La Ley de Expropiación Forzosa. Análisis y perspectivas de reforma*, Ed. Ministerio de Hacienda-Subsecretaría, Madrid, 2003.
- VIOLLET, P.: «La legislación francesa en el periodo de la Revolución», en IBARRA Y RODRÍGUEZ, E. (Dir.), y otros, *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, 2ª ed. esp., Tomo VII, «La Revolución Francesa», Ed. Ramón Sopena, Barcelona, 1949, Cap. XXIV, pp. 777-847.
- WEIGHTMAN, G.: *Los revolucionarios industriales. La creación del mundo moderno 1776-1914*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008.
- ZORIO BLANCO, V.: «Breve historia de las Carreteras», en *Revista de Obras Públicas*, nº 3254, enero, 1987, pp. 27-38.

LAS BASES DEL RÉGIMEN LOCAL TRAS LOS ESTATUTOS DE SEGUNDA GENERACIÓN Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010(*)

JOSÉ TUDELA ARANDA

SUMARIO: I. UN RECORDATORIO NECESARIO.– II. LA RELACIÓN BASES/ESTATUTOS EN LOS TEXTOS DE SEGUNDA GENERACIÓN.– III. LA COMPETENCIA SOBRE RÉGIMEN LOCAL. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE: 1. Dos visiones doctrinales contrapuestas y una intermedia. 2. El reflejo en los Estatutos de Autonomía.– IV. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA STC 31/2010, DE 10 DE JULIO DE 2010: 1. Sobre la relación de las bases con los Estatutos de Autonomía. 2. Sobre la competencia en materia de régimen local.– V. REFLEXIÓN PERSONAL. TEORÍA Y PRAXIS. SOBRE EL ALCANCE DE LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL.

RESUMEN: La aprobación de los llamados Estatutos de Autonomía de segunda generación ha planteado numerosos debates. Uno de los más importantes ha sido el relativo a la capacidad de los Estatutos para condicionar las competencias estatales. Este debate ha sido especialmente relevante en relación con el régimen local. La Sentencia del Tribunal Constitucional ha rechazado esa capacidad, recordando la indisponibilidad de las competencias que al Estado atribuye la Constitución. Sin embargo, los textos de los Estatutos en relación con la competencia en régimen local siguen vigentes. Si junto a ello se considera la evolución del Estado autonómico, es razonable pensar que en el futuro las Comunidades Autónomas dispondrán de más competencias en relación con el régimen local.

Palabras clave: Estatutos de Autonomía de segunda generación; competencias del Estado; competencia sobre régimen local; Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010; Estado federal.

ABSTRACT: *The approval of the so called Estatuts of Autonomy of the second generation has raised numerous debates. One of the most important has been the relative one to the capacity of the Estatuts to determine the State competences. This*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 22 de noviembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 29 de noviembre de 2010.

debate has been specially relevant in relation with the local regime. The Sentence of the Constitutional Court has rejected this capacity, remembering the unavailability of the competences that to the State attributes the Constitution. Nevertheless, the texts of the Statuts in relation with the competence in local regime are still in force. If close to it is considered to be the evolution of the autonomous State, it is reasonable to think that in the future the Autonomous Communities will have more competences in relation with the local regime.

Key words: Estatuts of Autonomy of second generation; Estate competences; regime local competence; Sentence of the Constitutional Court 31/2010; Federal State.

I. UN RECORDATORIO NECESARIO

El examen de cuál es en la actualidad el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, requiere de un breve recordatorio sobre la competencia sobre régimen local en la Constitución. Una referencia que tiene como primer dato objetivo la ausencia de una mención expresa al régimen local en el artículo 149 de la Constitución, si bien esa ausencia se explica a juicio de una parte de la doctrina por el hecho de que en ese momento esa competencia se identificaba forzosamente con la referencia general al régimen jurídico de las administraciones públicas, materia que sí se encontraba atribuida al Estado en el listado del artículo 149.1.

En concreto, en el párrafo 18º de dicho artículo, el Estado se atribuía la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas. Desde un primer momento, el Estado, sobre la redacción del citado artículo, interpretó que disponía de amplias facultades para establecer las bases del régimen local, algo que hizo con un criterio muy extensivo al aprobar la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL). Simultáneamente, las Comunidades Autónomas habían asumido, en sus respectivos Estatutos, la competencia para el desarrollo de las citadas bases. Lo hicieron, hoy es importante recordarlo, con una referencia expresa a la competencia estatal establecida en el artículo 149.1.18º, como límite a su propia competencia. Lo que hace notable a esta referencia al párrafo 18º es el hecho de que suponía el reconocimiento tácito por los Estatutos de que la referencia al régimen jurídico de las administraciones públicas incluía la competencia sobre las bases del régimen jurídico local y que, en consecuencia, era límite ineludible para el ejercicio de la propia competencia sobre la materia.

Como se ha indicado, la interpretación que de las bases constitucionalmente atribuidas hizo el Estado en la LBRL que aprobó en 1985 fue muy extensa. Extensa hasta el punto de que limitaba seriamente el margen de las Comunidades Autónomas para desarrollar la competencia que, a su vez, les era reconocida por los Estatutos. Esta situación avocaba a la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas. Como en otras muchas ocasiones, y especialmente en esa época iniciática del Estado autonómico, al Tribunal Constitucional le correspondía erigirse en árbitro. No sólo debería determinar el alcance de las bases estatales sino también certificar que la referencia al régimen jurídico de las administraciones públicas incluía la competencia sobre el régimen jurídico local.

En todo caso, los fundamentos de su comprensión del significado de la expresión «régimen jurídico de las administraciones públicas» ya se encontraban en la STC 32/1981. En esa sentencia se contienen dos ideas esenciales que difícilmente pueden alterarse por los Estatutos de Autonomía. Por una parte, la consideración del artículo 149.1.18^º como un título especial, un título que no regula un sector de actividad, sino que realiza una reflexión sobre la forma de articulación del conjunto del aparato administrativo del Estado. Por otra, la consideración de que del alcance de la autonomía local en la Constitución deriva la competencia estatal para fijar los principios o criterios básicos en materia de organización y competencia. La consecuencia fue entender que el régimen local formaba parte de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, atribuidas al Estado por el párrafo 18^º del artículo 149.1 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Bases de Régimen Local ratificó esos principios. Y en la STC 214/1989 identificó la expresión «régimen local» con el «régimen jurídico de las administraciones locales» (FJ1). Con estas dos premisas, la interpretación de la Constitución en esta cuestión parecía claramente establecida en sus aspectos esenciales. El Estado disponía de competencia sobre las bases del régimen jurídico local porque éste se identificaba con el régimen jurídico de las administraciones locales que, a su vez, formaba parte de la más genérica voz «régimen jurídico de las administraciones públicas».

En dos Sentencias más recientes, 149/2001 y 240/2006, se pudo apreciar la introducción por el Tribunal Constitucional de algunos matices

en la tesis anterior (1). De forma simplificada, se acotaba el posible alcance de las bases estatales al amparo del título examinado, aumentando, lógicamente, el margen de disposición de las Comunidades Autónomas sobre el régimen local. De alguna manera, podría decirse que esa evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional era coherente con la propia evolución del Estado hacia un modelo federalizante. En este punto, no puede dejar de recordarse, como ha hecho el profesor Solozábal (2), que en la ortodoxia federal, la materia local suele quedar diferida en términos absolutamente discrecionales a los estados, en el caso español a las Comunidades Autónomas. Así, podría pensarse que a la luz de esas sentencias, el Tribunal Constitucional se hacía eco de la evolución federal de nuestro Estado (3), o, en todo caso, del muy notable incremento de la autonomía de las Comunidades Autónomas desde los días de sus primeros pronunciamientos sobre esta materia.

Resulta preciso subrayar el contraste entre la ortodoxia federal y la comentada interpretación de esta competencia por el Tribunal Constitucional. La suma de esa interpretación con los significativos elementos que referidos al régimen local se encuentran en la Constitución, provocan que en esta materia, la competencia de las Comunidades Autónomas se encontrase alejada de los cánones federales antes de la aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación. La interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en esta cuestión mantiene, como habrá de verse, las cosas como estaban. Y si bien esa lectura «estatalista» del régimen local era inevitable en unos primeros años de desenvolvimiento del Estado autonómico en los que, inevitablemente, había de pesar la consolidada estructura de la planta local, hoy, cuando el nivel de descentralización efectiva alcanzado en nuestro Estado es superior al de la mayoría de los propios Estados federales, resulta más difícil explicar esta divergencia en relación con el régimen local. Cuestión diferente es que, como todo hace

(1) Véase, J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *El marco estatutario del régimen local*, pp. 30-31, RAP nº 178, 2009; P.L. MARTÍNEZ PALLARÉS, *La organización territorial de la Comunidad Autónoma*, en *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Cívitas, 2010, pp. 765-766.

(2) J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *El marco estatutario del régimen local*, ob. cit., pp. 14.

(3) Una evolución hoy difícilmente discutible. Véase al respecto J. TUDELA ARANDA y F. KNÜPLING, *España y modelos de federalismo*, CEPC-Fundación Manuel Giménez Abad, 2010 y, en particular, el trabajo R.L. WATTS, *España ¿Una federación multinacional encubierta?*, pp. 55-82.

indicar, la resolución correcta de la misma exija finalmente de la reforma constitucional.

En todo caso, no puede dejar de resaltarse que esa apuesta constitucional no fue casualidad y ni siquiera podría decirse que la causa fuese meramente el hecho de que en el momento de redactar la Constitución las Comunidades Autónomas no se hubiesen constituido, motivo éste que por sí sólo es suficiente para explicar el diseño constitucional. Pero hay más. Detrás de esa decisión constituyente estaba una honda tradición histórica vertebrada alrededor del municipio y, en menor medida, pero significativa en cualquier caso, de la provincia (4). Una tradición de la que el constituyente no quiso desprenderse, como tampoco quisieron la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas. Sólo la evolución en el tiempo de la coexistencia entre las distintas instancias territoriales de poder, ha permitido disponer de una perspectiva más nítida sobre cuál debiera ser la relación de las Comunidades Autónomas con las entidades locales de su territorio.

Desde estos antecedentes, si a nadie podía extrañar la opción del constituyente, tampoco podía hacerlo que en el momento de proceder a una reforma profunda de los Estatutos de primera generación, el régimen local fuese una de las materias que tanto sustantivamente como competencialmente suscitase un mayor interés. Era ésta una de las cuestiones relevantes sobre las que más incremento competencialmente podían objetivamente obtener las Comunidades Autónomas y una de las que mostraba perfiles más confusos en el desarrollo constitucional. No era sólo que la competencia sobre régimen local fuese una de las pocas que alejaba al Estado de las autonomías del modelo federal, sino que existían sobre la mesa cuestiones muy relevantes del régimen local que no tenían respuesta, al menos una respuesta satisfactoria. Así, el lugar de la provincia en la nueva organización territorial del Estado; el reparto de competencias entre los distintos entes locales; su régimen de financiación o el propio alcance de la autonomía local eran cuestiones necesariamente tentadoras para una reforma de los Estatutos de Autonomía.

Antes de proseguir con el examen singularizado de esta materia, hay que reseñar que, si bien el alcance del debate sobre la misma tiene perfiles

(4) Vid, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La provincia, pasado, presente y futuro*, Cívitas, 1991.

propios muy notables, no por ello puede desligarse radicalmente del que rodeo la reforma de esos Estatutos. Al menos resulta preciso dedicar atención a una de las cuestiones generales de ese proceso y que se encuentra directamente relacionada con la materia objeto de exposición. Se trata del objetivo, presente en la mayoría de los nuevos textos estatutarios, de condicionar el ejercicio de las competencias estatales mediante la utilización de la denominada técnica del «blindaje competencial», consistente en la enumeración de una serie de submaterias en relación con cada título competencial, de forma que la eventual interpretación del Tribunal Constitucional se encuentre finalmente condicionada por la letra de los Estatutos.

II. LA RELACIÓN BASES/ESTATUTOS EN LOS TEXTOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

Una de las finalidades de las reformas estatutarias ha sido mejorar la calidad de la autonomía. La técnica del blindaje competencial, responde a esta finalidad. Más allá, del análisis doctrinal que merezca esta técnica, lo cierto es que detrás de ese debate se encontraba uno más relevante: el planteado sobre la relación entre la legislación básica y los Estatutos de Autonomía. Un debate que concentra una buena parte de la discusión jurídico-constitucional originada alrededor de la aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación (5).

Es éste es uno de los temas esenciales que ha planteado toda la reforma estatutaria ya que es una consecuencia directa de la discusión sobre la relación entre Estatuto de Autonomía y Constitución. No es objeto de estas páginas realizar siquiera una breve disquisición sobre este tema, abundantemente examinado por la doctrina desde perspectivas muy diversas (6). Pero debe quedar apuntado que detrás de muchos de los concretos debates estatutarios, había debates de profundo significado constitucional, que afectaban directamente a la estructura del Estado en su conjunto. Un ejemplo

(5) La cuestión de la defectuosa calidad de la autonomía asumida por las Comunidades Autónomas fue desde el principio una de las razones fundamentales que impulsaron la reforma de los Estatutos y, muy en particular, el de Cataluña. Al respecto, C. VIVER I PI-SUNYER, *El Estatuto de Cataluña en el marco de la Constitución*, en VV.AA., *Las reformas estatutarias y la articulación territorial del Estado*, F. PAU I VALL Cortes de Aragón, Tecnos-AELPA, 2008, pp. 140-146.

(6) Sobre este tema, la bibliografía es muy amplia. Para una buena síntesis, L. ORTEGA; J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA y X. ARBÓS MARÍN, *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, CEPC, 2006.

paradigmático de lo dicho es esta cuestión de la relación entre la legislación básica y los Estatutos de Autonomía. No en vano, la determinación de las competencias del Estado en cualquier modelo de descentralización política es una cuestión esencial que afecta a la propia definición del Estado como garante último de una determinada concepción del interés general y de la consiguiente homogeneidad mínima entre sus ciudadanos.

De una manera muy esquemática, por lo que interesa, conviene recordar que la discusión se concentraba en el dilema sobre si los Estatutos de Autonomía eran normas susceptibles de interpretar la Constitución y, de esta manera, vincular al Tribunal Constitucional e, indirectamente, al Estado, que vería así condicionado su marco competencial por la redacción de los Estatutos de Autonomía. Así, la legislación básica ocuparía una posición infraordenada en relación con el Estatuto de Autonomía. La consecuencia de esta superioridad sería la inaplicabilidad de la norma básica allí donde entrase en conflicto con el Estatuto de Autonomía.

No es casual que sea precisamente en relación con régimen local donde las alegaciones de la Generalitat de Cataluña al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Partido Popular, sean muy expresivas al respecto: «No podría medirse la constitucionalidad del Estatuto comparándolo con todas las normas que hasta la fecha hubieran recibido la calificación de básicas sino tan sólo determinando si el margen que el Estatuto reconoce al legislador básico es suficiente, como en este caso, para realizar la función que le encomienda la Constitución» (antecedente 92). Es preciso subrayar cómo desde la Generalitat se asume sin asomo de duda que corresponde al Estatuto de Autonomía determinar el margen del que dispone el legislador básico. Como se ve, una alteración sustancial de la que concepción de la legislación básica consolidada hasta la aprobación de los Estatutos.

Para los objetores de esta tesis, la aceptación de la misma por el Tribunal hubiese supuesto la desconstitucionalización de la propia jurisprudencia constitucional. En palabras de FERNÁNDEZ FARRERES, «el Tribunal Constitucional no es prisionero de sus decisiones anteriores para resolver nuevas controversias... pero la rectificación de su doctrina no puede imponerla, en principio, norma estatutaria alguna» (7). No es precisamente una

(7) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Estado autonómico y Tribunal Constitucional*, en *Organización territorial de los Estados europeos*, Vol. I, Asamblea Monográfico 1º, 2006, p. 350.

cuestión sencilla. Como ha reiterado sobradamente la doctrina, la premisa para una adecuada comprensión de esta disputa, que alguno ha calificado de falso debate, es que la relación entre Estatuto de Autonomía y legislación básica no es una relación de jerarquía sino de competencia. De esta forma, es evidente que el Estatuto de Autonomía no tiene que atenerse a la legislación básica y que, como señala el profesor Solozábal, si es coherente en su redacción con la Constitución, desplazará a la legislación básica del Estado y resistirá a la misma en el futuro (8).

Pero de esa misma afirmación deriva también como evidente que la premisa es que el Estatuto no asuma competencias que no le corresponden, vulnerando el orden competencial establecido por la Constitución. Es en este punto donde, creo, sí surge el problema. Si el contenido de la legislación básica fuese estático y predeterminado, no habría cuestión. Sólo habría que limitarse a comprobar si la dicción del Estatuto interfería o no con ese contenido. Pero, como se sabe, esa no es la cuestión. El contenido de la legislación básica es extremadamente ambiguo en cantidad y calidad y, además, variable con el tiempo. Precisamente, de esta característica de la legislación básica se deriva la lógica del blindaje competencial, lógica, dicho sea de paso, plenamente comprensible desde un punto de vista político o, si se quiere, desde la mera garantía del autogobierno.

Esa lógica es la siguiente: ante la indeterminación y, sobre todo, ante la fuerza expansiva que ha demostrado tener la legislación básica, acotemos en el Estatuto de manera taxativa el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de manera que el Estado no pueda hacer vulnerarlo mediante una interpretación expansiva de la legislación básica. Lo que sucede es que la característica citada de la legislación básica no es una cuestión coyuntural o patológica sino sustancial. El contenido de la legislación básica es dinámico y ambiguo porque el constituyente quiso que así fuese. Al menos eso ha establecido el Tribunal Constitucional. Por ello, un Estatuto de Autonomía no puede intentar limitar ese contenido ni impedir su progresión en un sentido determinado. Es una técnica que contradice de raíz la naturaleza de la legislación básica. Cuando un Estatuto delimita expresamente el ámbito material que le corresponde legislar mediante una legislación que necesariamente es de desarrollo (la premisa de que el Estado posee en la materia la capacidad para aprobar normas básicas

(8) J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *El marco estatutario del régimen local*, ob. cit., pp. 29-31.

es incuestionable), está haciendo una tarea que constitucionalmente no le corresponde.

Inevitablemente, el ámbito material de competencia en el caso de competencias compartidas es para las Comunidades Autónomas de carácter residual. Podrán legislar mediante desarrollo aquellas cuestiones que el Estado no haya declarado básicas. Así, allí donde el Estado posea competencia sobre la legislación básica, a la Comunidad Autónoma sólo le puede corresponder su desarrollo. Un desarrollo por supuesto condicionado por lo que el Estado haya establecido como básico. La premisa, evidente y que también de manera evidente hace imposible la oposición Estatuto de Autonomía/legislación básica, es que la competencia o no sobre esa legislación se la atribuye al Estado la Constitución. Y lo hace con esas características de contingencia que se señalaba anteriormente.

Así, es cierto como señala la Generalitat de Cataluña en el antecedente 38 de la STC 31/2010 que una Ley de bases (y en concreto la de régimen local) no puede ser parámetro de los Estatutos de Autonomía y que es sólo una opción entre otras. Pero es que el parámetro no es la Ley de Bases. Nadie lo pretende. Lo que sucede es que si lo que se asume es una competencia de desarrollo y lo que se desarrolla lo determina en función de sus competencias una norma estatal, el Estatuto no puede condicionar el alcance de esa norma. Sólo al Tribunal Constitucional le corresponderá determinar, en su caso, si el Estado se ha excedido o no. Así, existe un control pero es a posteriori. No es posible establecer el blindaje como sistema de cautela previa.

Entiendo, como hace el profesor ARBOS (9), que no se puede perder de vista la dimensión política del problema y la solución también política al mismo: es decir, la obligada colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la determinación de las bases. Pero nada hace que, aunque pueda tener pleno sentido desde otros muchos puntos de vista, el intento jurídico de condicionar el alcance de la normativa básica desde el Estatuto de Autonomía pueda tener efectividad. Como a la postre ha venido a determinar el Tribunal Constitucional en la resolución del recurso planteado por el Partido Popular, ello no es constitucionalmente posible.

(9) Vid. X. ARBOS, *Estatutos de Autonomía y legislación básica. Un comentario al trabajo de Luis Ortega*, en L. ORTEGA; J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA y X. ARBÓS MARÍN, *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, ob. cit., pp. 99-103.

Con el actual marco jurídico, la solución no puede venir por una distinta redacción de los Estatutos de Autonomía. La solución sólo puede derivar de una diferente redacción de la legislación básica, es decir de que el Estado apruebe una normativa básica que limite el espacio de lo básico, ampliando simultáneamente la posibilidad de intervención normativa de las Comunidades Autónomas. También exige, por supuesto, que desde las Comunidades Autónomas se comprenda que la máxima no puede ni debe ser siempre la mayor dosis posible de autonomía. Es decir, que las Comunidades Autónomas entiendan que el interés general exige en las materias que la Constitución ha señalado una homogeneidad determinada. A nadie se le puede ocultar que ello exige un grado de desarrollo y de comprensión mutua en las relaciones intergubernamentales que no es el que caracteriza en la actualidad nuestro modelo de descentralización política (10).

En pocas materias como en relación con el régimen local se ha planteado este debate con tanta claridad. La configuración constitucional de la competencia sobre régimen local se prestaba especialmente a ello. También el hecho de que, tal y como se señaló, el régimen local sea una materia que en los Estados federales se encuentra tradicionalmente atribuida a los entes subestatales, quedando para el Estado central un mínimo espacio de diseño y garantía. En ese sentido, la evolución del Estado autonómico, inequívocamente federalizante, podía hacer pensar que la reforma de los Estatutos era momento propicio para corregir, al menos parcialmente, esta disfunción en relación con el conjunto de la distribución territorial del poder.

Mas debe quedar claro que en el caso del régimen local, si bien esta cuestión será relevante, existe otra que lo antecede y supera en importancia. Se trata de la localización constitucional de la competencia sobre régimen local. Como se vio, siendo motivo de polémica desde el principio, el Tribunal Constitucional tuvo muy pronta ocasión de pronunciarse al respecto, siendo inequívoco en su afirmación de que dicha competencia se encontraba contenida en el artículo 149.1.8^ª. Esta tesis necesariamente tenía que ser rebatida por aquellos que veían en la aprobación de los Estatutos de segunda

(10) Al respecto, M.J. GARCÍA MORALES; J.A. MONTILLA MARTOS y X. ARBÓS MARÍN, *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, CEPC, 2006; M.J. GARCÍA MORALES (Dra), *Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía*, *Revista Jurídica de Castilla y León*. Número Monográfico (19); J. TAJADURA TEJADA, *El principio de cooperación en el Estado autonómico. El Estado autonómico como Estado Federal Cooperativo*, Comares, 2010.

generación la oportunidad de federalizar la competencia sobre régimen local. Así, la premisa de uno de sus más destacados defensores, el profesor Velasco, que luego habrá ocasión de desarrollar, es que el Tribunal Constitucional dictó su Sentencia sobre la Ley de Bases de Régimen local desde el hecho de que la redacción de los Estatutos de primera generación permitía la interpretación de que la materia «régimen local» se encontraba incluida en la redacción del artículo 149.1.18^a (11). Si los Estatutos modificaban su redacción y asumían expresamente esa materia, la interpretación del citado texto constitucional debería cambiar necesariamente.

3. LA COMPETENCIA SOBRE RÉGIMEN LOCAL. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Además de su significado especial y de las características de la ordenación local en los Estados federales, la determinación de la competencia sobre régimen local planteaba directamente dos cuestiones notables. Por un lado, la lectura del artículo 149.1.18^a y la cuestión de su alcance, especialmente su posible cobertura a una competencia del Estado en la materia, más allá del estricto régimen jurídico de la Administración local. Por otra, el alcance, en su caso, de la legislación básica y su posible condicionamiento por la técnica del blindaje competencial. De esta manera, puede decirse que, más allá, de la innegable importancia que en sí misma tenía la competencia sobre régimen local, alrededor de esta cuestión se dirimía también uno de los aspectos centrales de las reformas estatutarias, como es el de capacidad de los Estatutos para determinar el alcance de las competencias estatales. Porque si bien esta cuestión se planteaba de forma más genérica y en relación con otras competencias concretas, quizá fuese en relación con el régimen local cuando lo hiciese con mayor nitidez.

1. Dos visiones doctrinales contrapuestas y una intermedia

Pocos temas suscitaron un mayor debate doctrinal y tomas de posición tan claras y enfrentadas. Por un lado, la tesis defensora de la autonomiza-

(11) F. VELASCO CABALLERO, *Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del derecho local en Anuario del Gobierno local 2005. El Gobierno local y los nuevos Estatutos de Autonomía*, Fundación Democracia y Gobierno local-Institut de Dret Públic, 2006, p. 148.

ción del régimen local se puede ejemplificar en Francisco VELASCO y Tomás FONT quienes defendieron que la función de la Generalitat sería regular por completo el régimen local catalán, respetando, eso sí, la competencia estatal referida a «las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» (12). Dos títulos independientes para un mismo sector de la realidad. Para VELASCO, la condición de canon indirecto de constitucionalidad de la norma básica vendría condicionada por la redacción de cada Estatuto. Esta tesis podría resumirse diciendo que para la misma las competencias del Estado no derivan sólo de la Constitución sino del denominado bloque de constitucionalidad. Por ello, si una pieza esencial de dicho bloque, los Estatutos de Autonomía, varían en su redacción, las competencias del Estado se verían inevitablemente afectadas.

Sobre régimen local, la consecuencia de la nueva redacción del Estatuto de Autonomía de Cataluña sería circunscribir las competencias estatales derivadas de ese artículo a lo que estrictamente serían bases del régimen jurídico de las administraciones públicas como entidades locales. Sólo por excepción serían aplicables en Cataluña normas básicas específicas sobre régimen local, excepción que siempre habría de estar ligada al principio de autonomía local.

De esta manera, alrededor de este título competencial, el Estatuto realizaría dos operaciones. En primer lugar, una operación previa fundamental: entender que el artículo 149.1.18^ª no ampara la atribución de la competencia al Estado sobre régimen local. Solamente con la redacción de los Estatutos de primera generación era posible mantener la interpretación que en su momento permitió al Tribunal Constitucional avalar la constitucionalidad de la Ley de Bases de Régimen Local. La consecuencia de esta interpretación resultaba evidente. Si la Constitución no cita entre las materias competencia del Estado el régimen local, una Comunidad Autónoma puede asumir competencia exclusiva sobre esta materia. En segundo lugar, y para asegurar esa exclusividad, el Estatuto recurre con suma amplitud a la técnica del blindaje enunciando una larga relación de submaterias. Con la cita de las mismas, se persigue evitar que mediante la interpretación bien del legislador estatal bien del Tribunal Constitucional se llegase a socavar la exclusividad de la competencia sobre régimen local. La enunciación

(12) T. FONT Y LLOVET; F. VELASCO CABALLERO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, 2006.

expresa de las submaterias integradas en ese título exclusivo de régimen local actuaría de barrera infranqueable para la competencia estatal.

La tesis de VELASCO se cierra con la idea del desplazamiento por los Estatutos de la legislación básica del Estado. De esta manera, la legislación actual mantendría su vigencia, si bien con una aplicación dispar en cada Comunidad Autónoma, en función del tenor de su Estatuto de Autonomía (13). No era una cuestión menor. Una consecuencia natural es que al ser diferente la redacción de cada Estatuto y condicionar la competencia estatal, el alcance de la aplicación de las normas estatales sería diferente en cada Comunidad Autónoma. Con la tesis de la aplicación variable de la legislación básica del Estado se salvaba así, al menos en principio, el obstáculo de la distinta redacción de los Estatutos.

Para otro sector que puede ejemplificarse en los trabajos del profesor Luis ORTEGA o en los del profesor PAREJO (14), esa tesis difícilmente podría ser considerada de otra manera que como una interpretación de la Constitución por el Estatuto de Autonomía, algo difícil de asumir. Para desmentirla, establecen una serie de postulados fundamentales sobre la relación entre legislación básica y Estatuto. Así, el debate entre legislación básica y Estatuto de Autonomía sería un falso debate. No se trata de una cuestión de jerarquía sino de competencia. Las Comunidades Autónomas no pueden, ni siquiera con el Estatuto, entrar en el ámbito competencial reservado al Estado. El debate sería entre Constitución y Estatuto de Autonomía. La cuestión es si el Estado tiene competencia para dictar las bases del régimen jurídico local y, en su caso, con qué alcance. Y este sector doctrinal entiende que, como había reiterado el Tribunal Constitucional, el Estado sí tenía competencia para dictar las bases del régimen local en virtud del artículo 149.1.18ª.

Si bien cercana a esta tesis, pero con matices significativos, se encuentra la posición del profesor SOLOZÁBAL (15). Para este profesor, la actuación estatutaria debe respetar el límite ineludible de la homogeneidad territorial

(13) F. VELASCO CABALLERO, *Comentario a la ponencia de Tomás Font i Llovet, en El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, ob. cit., p. 45.

(14) L. ORTEGA ÁLVAREZ, *La interiorización autonómica del régimen local*, en *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*, ob. cit., pp 53-69; L. PAREJO ALFONSO, *Consideraciones sobre el régimen local básico en los nuevos Estatutos de Autonomía*, www.fundacionmgimenezabad.es, 2009.

(15) J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *El marco estatutario del régimen local*, ob. cit., pp. 9-35.

que se impone en cuanto correlato del principio de igualdad individual (homogeneidad que habría ratificado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 34/1982). Pues bien, para este autor, el Estatuto de Autonomía puede recuperar un espacio competencial que le atribuye la Constitución y que la Ley estatal había válidamente ocupado ante la ausencia de regulación estatutaria. Con las premisas establecidas por el Tribunal Constitucional en la ya mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 240/2006, señala el profesor SOLOZÁBAL que serían límites al Estatuto aquellos preceptos sustanciales de la norma que se vinculan irremisiblemente con la garantía institucional del régimen local, definitorios del autogobierno democrático local establecido en la Constitución. Los demás elementos de la ley no integrarían el bloque de constitucionalidad y podrían ser modificados por una ley constitucional. Y, señala, por un Estatuto de Autonomía. En todo caso, continua el mismo autor, el Estatuto de Autonomía no puede poner en cuestión ni definir el título de intervención del Estado (la legislación básica) estableciendo una interpretación necesaria.

En la otra cara de la moneda, para futuro, el legislador básico estatal en esta materia, no podrá ignorar lo establecido por el Estatuto y la nueva regulación estatutaria pasará a integrar el parámetro de constitucionalidad en relación con una posible impugnación de la ley estatal ante el Tribunal Constitucional. Finalmente, este autor acepta la posibilidad de que la Ley estatal se aplique de manera diferente en cada Comunidad Autónoma en virtud de su Estatuto de Autonomía. El Estado autonómico, señala, asegura una homogeneidad mínima, pero no puede imponer, tampoco en régimen local, el mismo autogobierno en todos los sitios.

En su momento, indique mi opinión destacando que la comprensión de la legislación básica realizada desde las tesis cercanas a la letra del Estatuto catalán, implicaba también la pérdida de las notas fundamentales que caracterizan ideológicamente a la legislación básica (16). A saber, si esa legislación es el mínimo común que se considera debe ser uniforme en todo el territorio y, como tal, reflejo de la igualdad que implica la unidad del Estado, ello conciliaría mal con el hecho de que allí donde el Estado tiene atribuida la capacidad para aprobarla, estuviese condicionado por la redacción de los Estatutos. Desde luego, cabría encontrar argumentos a favor de esa variabilidad y no es el menor la naturaleza de norma

(16) J. TUDELA ARANDA, *La organización territorial en las reformas estatutarias en El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Cívitas-Fundación Alonso Martín Escudero, pp. 192-198.

estatal que posee el Estatuto de Autonomía. Ahora bien, si se aceptasen estos argumentos habría que replantearse el significado y función de la legislación básica.

Unos problemas que se ponían de relieve con especial intensidad alrededor de la tesis de la geometría variable de la aplicación de la legislación básica, por otra parte, construcción imprescindible para proseguir en el camino iniciado por el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Alrededor de esta tesis, uno de las notas esenciales definitorias del concepto clásico de legislación básica, quebraba. En principio, la finalidad constitucional de atribuir la competencia sobre esa legislación al Estado era asegurar un mínimo común normativo a todos los españoles en la materia correspondiente. Si se aceptaba la tesis de la geometría variable en su aplicación, esa función desaparecía. El hecho de quedar condicionada a la redacción de los Estatutos le hacía perder toda su virtualidad ideológica, con independencia del plano en el que pudiese desenvolverse de hecho. Por otra parte, pienso que no puede objetarse que es natural e incluso normal que ello sea así porque la redacción de los Estatutos de Autonomía es inevitablemente diferente. Y no es posible esta objeción porque las diferencias de redacción entre los Estatutos no pueden afectar al alcance de la legislación básica. Si lo hacen, o bien deberán ser declarados inconstitucionales o bien, como ha realizado el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, habrá que interpretar que con esa redacción no afecta al despliegue de la competencia básica estatal (17). Dicho de otra manera, aceptar la consecuencia de la geometría variable, pasaba necesariamente por aceptar la posibilidad de que por los Estatutos de Autonomía se condicionase el ejercicio de las competencias estatales.

En todo caso, y ya directamente en relación con la materia de régimen local, mi objeción fundamental a la tesis asumida por los Estatutos de Autonomía de segunda generación es otra. Entendí en su momento y sigo haciéndolo, que la premisa fundamental era la de resolver si el Estatuto podía asumir o no la competencia descrita. Porque, como se indicó, el argumento estatutario descansaba en una reinterpretación del alcance del artículo 149.1.18^ª, una reinterpretación que extraía del mismo la concreta competencia sobre régimen local. Sin esa interpretación, si se seguía aceptando que la competencia sobre régimen local derivaba directamente de

(17) Vid, STC 31/2010, FJ 100.

la redacción de ese precepto y no del vacío estatutario, difícilmente podía siquiera comenzarse toda la argumentación sobre la autonomización de la competencia sobre régimen local.

2. El reflejo en los Estatutos de Autonomía

No es lugar para realizar un análisis pormenorizado de cómo han recogido los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma esta competencia y reflejado, en consecuencia, el debate anterior. Pero sí es preciso realizar alguna consideración. Con los antecedentes examinados, era inevitable, como se dijo, que llegado el momento de plantear la reforma de los Estatutos, la competencia sobre el régimen local fuese una cuestión de notable importancia y una de aquellas en la que desde sectores autonomistas se considera más sencillo ampliar el elenco competencial de las comunidades autónomas, dada la debilidad de la apoyatura de la competencia estatal y la propia evolución del modelo de Estado.

En segundo lugar, es preciso advertir es que frente a la uniformidad (matizada) que ofrecían los Estatutos de primera generación. La característica en los de segunda generación es la diversidad. Precisamente, ésta es una de las consecuencias más notables de todo este proceso de reformas: la ruptura de la homogeneidad estatutaria en aras de una heterogeneidad casi radical. Una heterogeneidad, permítase la digresión, que tiene además como nota relevante el hecho de que conlleva la renuncia por parte de la mayoría de las Comunidades Autónomas a asumir los máximos de desarrollo autonómico que implican los Estatutos de Cataluña y Andalucía (18). Precisamente, esta nota de heterogeneidad y la renuncia a esos máximos de autonomía es muy gráfica en relación con la competencia sobre régimen local. Si en el Estatuto de Cataluña y, en sentido decreciente, en los de Andalucía y Aragón, se hace una apuesta firme por intentar apurar al máximo la competencia sobre régimen local, en los restantes Estatutos la apuesta es por el estatus quo (19). En todo caso, interesa centrarse en la opción adoptada por el estatuyente catalán.

(18) Al respecto, J. TUDELA ARANDA, *Heterogeneidad y asimetría en un Estado indefinido. Una aceptación de la diversidad que es puerta de futuro en España y modelos de federalismo*, ob. cit., pp. 111-150.

(19) Véase, J. TUDELA ARANDA, *La organización territorial en las reformas estatutarias*, ob. cit.

En relación con el régimen local, el artículo 160 del Estatuto de Autonomía, siguiendo la ya conocida técnica del blindaje, atribuye competencia exclusiva a la Generalitat sobre la materia para, a continuación, desglosar una serie de submaterias sobre las que en todo caso le corresponderá la competencia a la Comunidad Autónoma. Pero, quizá, lo más significativo es lo que se suprime en relación con el anterior Estatuto. En efecto, en el texto anterior se aludía también a la competencia exclusiva de la Generalitat en esta materia, pero se hacía con la salvaguarda de lo establecido en el artículo 149.1.18^a de la Constitución. Una salvaguarda que, como se dijo, en este caso, además de recordar un límite, como se hacía en otros muchos títulos competenciales, suponía la aceptación de que el citado precepto constitucional contenía la competencia sobre régimen local, más allá de la estricta competencia sobre régimen jurídico de la Administración pública local.

Como no podía ser de otra manera, la omisión en esta ocasión de la referencia a ese precepto, no es una cuestión meramente formal. El Estatuto vigente parte de la premisa de que las materias aludidas en el artículo 149.1.18^a no incluyen el régimen local. Lo que quedaría afectado por ese artículo es una cuestión diferente, el régimen jurídico de las administraciones públicas y, en consecuencia, el régimen jurídico de las entidades locales como tales administraciones. Esta interpretación parece confirmarse desde el examen de los avatares del texto en su dilatada tramitación. Si el primer texto no aludía a la competencia estatal ex artículo 149.1.18^a, una alusión al mismo (la competencia exclusiva sobre régimen local se entiende «en lo no afectado por el artículo 149.1.18^a de la Constitución»), se introducía como consecuencia del acuerdo político con Convergencia i Unio. Finalmente, en su tramitación en las Cortes Generales, la referencia al citado precepto desapareció para quedar la redacción actual.

La competencia sobre régimen local sería, así, en principio, exclusiva en sentido literal. Exclusividad que se garantizaría mediante la introducción del largo listado de submaterias. La exclusividad quedaría sólo matizada por lo establecido en el apartado 2^o del artículo 160 que atribuye a la Generalitat la competencia compartida en todo lo no contemplado en el punto 1^o. Ahora bien, más parece este precepto una cláusula de salvaguarda que una corrección a la consideración de la competencia en cuestión como exclusiva. Lo significativo es la operación de enclaustramiento de la competencia, intentando evitar cualquier asidero para la posible irrupción de las bases estatales. Difícilmente podría haber un ejemplo mejor de cómo

en el ejercicio de delimitación de una competencia propia, se ha buscado, simultáneamente, delimitar con precisión la competencia del Estado.

Ello es más claro si se compara con los otros textos parangonables, el de Aragón y el de Andalucía, especialmente este último. En estos, de una u otra manera aparece la referencia a las bases del Estado como marco necesario para el ejercicio de la competencia estatal. De esta manera, en su caso, la labor del Tribunal Constitucional se facilita sustancialmente. El propio Estatuto de Autonomía ofrece el marco para una interpretación integradora de la nueva redacción y la doctrina tradicional. Creo, por otra parte, que esta diferencia entre los citados Estatutos de Autonomía es un buen ejemplo del diferente espíritu que alentaba a los mismos en su estar en el Estado. Unas diferencias sustanciales que, desde luego, matizan forzosamente las similitudes literarias.

En este punto, resulta preciso volver a recordar la problemática derivada de la relación entre el título estatal, necesariamente uno para todas las Comunidades Autónomas, y la diversidad de redacciones de los Estatutos de Autonomía en relación con la competencia sobre régimen local. En su momento, y a pesar de lo señalado anteriormente, tuve ocasión de señalar que la cuestión del alcance de la legislación básica en relación con Estatutos con letras distintas, era una cuestión menor (20). El problema real se planteaba por la premisa de la que partía el Estatuto de Autonomía de Cataluña: entender que la competencia sobre régimen local no estaba amparada por el 149.1.18^ª. La causa de esta afirmación radicaba en que si se aceptaba esa premisa del Estatuto catalán, hubiese sido imposible que el Estado desarrollase una competencia que la Constitución no le atribuía expresamente. Ello debería implicar no sólo la incapacitación del Estado para futuro para aprobar una ley general de régimen local, más allá de cuestiones muy concretas sino, incluso, la inconstitucionalidad de los textos vigentes en la materia. Evidentemente, la razón de esta radical consecuencia estribaba en la conjunción de la inexistencia del título competencial con la vigente y discutible doctrina sobre el principio de supletoriedad.

Así, la cuestión no se limitaba a que la Ley de Bases de Régimen Local hubiese tenido una aplicación u otra en cada Comunidad Autónoma en función de los textos estatutarios. Es que habría que entenderla derogada,

(20) J. TUDELA ARANDA, *La organización territorial en las reformas estatutarias*, ob. cit., pp. 192-198.

como sucedió con la legislación urbanística en su momento. Se hubiese tenido que limitar con carácter general a la regulación estricta de las bases del régimen jurídico de la administración local en tanto que administración pública. Al carecer el Estado del título general que le daba soporte en esta materia, la Ley hubiese perdido indefectiblemente su legitimación constitucional. Su suerte estaba indisolublemente ligada a la comprensión que el Tribunal Constitucional hiciese sobre el alcance del artículo 149.1.18^a y, en particular, sobre el amparo que dicho precepto podía prestar a la competencia estatal sobre régimen local.

Es más, de todo ello se deducía que la tesis de la geometría variable enfrentaba a otro grave problema. La mayoría de los Estatutos seguían recogiendo la competencia para la Comunidad Autónoma como de desarrollo de esa legislación básica cuyo título jurídico se negaba en la redacción del Estatuto de Autonomía de Cataluña. De esta manera, si el Tribunal Constitucional llegaba a ratificar la tesis acogida por el texto catalán, en los territorios con Estatutos vigentes en los términos señalados se producía un vacío de difícil resolución. El Estado no podía legislar en materia de régimen local porque carecía de competencia para ello y la Comunidad Autónoma tampoco porque su Estatuto de Autonomía no había asumido la competencia. Una situación que, por cierto, pone de manifiesto las evidentes debilidades que acompañan la doctrina vigente sobre la interpretación del principio de supletoriedad. Por todo ello, si bien puede llegar a entenderse la construcción jurídica de la tesis de la variabilidad, especialmente desde una comprensión de los problemas políticos que han acompañado todo el proceso, no por ello parece asumible. Los flancos que deja abiertos, tanto desde una perspectiva jurídica como ideológica son numerosos y algunos de muy difícil resolución. Quizá por ello, el Tribunal Constitucional ha llegado a rechazar expresamente, como habrá ocasión de ver, esta posibilidad.

IV. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA STC 31/2010, DE 10 DE JULIO DE 2010

1. Sobre la relación de las bases con los Estatutos de Autonomía

Son muchas, y en general contrarias, tanto desde la política como desde la academia, las respuestas que ha merecido en Cataluña la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto. Pero en pocas materias la

reacción de fondo ha sido tan preocupada como en relación con el orden competencial (21). Algo que, evidentemente, no puede sorprender ya que, como ha habido ocasión de reiterar, se trataba de una cuestión central, de una cuestión nuclear en el proceso de reforma del Estatuto catalán en tanto que la mejora de la calidad de la autonomía mediante una reordenación de la distribución competencial era, junto a la financiación, el primer objetivo de la misma. La técnica del blindaje competencial venía a ser la respuesta desde la otra cara de la moneda al «sin perjuicio» de los Estatutos de primera generación. En buena medida, sobre la aceptación de la tesis de que los Estatutos eran normas susceptibles de interpretar el reparto competencial, más allá de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, por supuesto, de la legislación básica, descansaba el núcleo del éxito del proceso de reformas estatutarias. El hecho de que el Tribunal Constitucional haya rechazado de forma radical esta tesis, aun sin haber declarado inconstitucionales la mayoría de los preceptos que formalmente la sustentan, explica esa reacción dura de la doctrina y políticos catalanes en relación con este punto.

Porque el Tribunal ha sido hasta taxativo al respecto. Al interpretar el artículo 110 del Estatuto que define las competencias exclusivas, señala que no es contrario a la Constitución siempre que sea aplicable a supuestos de competencia material plena de la Comunidad Autónoma y en cuanto no impide el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado ex 149.1 (FJ 59). Ello se reafirma con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 111 del Estatuto en tanto que define el alcance y forma de las bases del Estado, al delimitarse en el Estatuto como único contenido posible de las bases los «principios» o «normación mínima» de una materia (FJ 60). En este pronunciamiento, también resulta significativo que el Tribunal expresa-

(21) En este sentido, es elocuente el muy inmediato pronunciamiento del profesor Viver: «Sin embargo, los efectos más negativos se producen en lo tocante a las competencias. En el Estatuto se pretendía, en primer lugar, ampliar el contenido material de las competencias exclusivas y asegurar al máximo que en estos ámbitos no penetraría el Estado a través de sus competencias. La idea que subyacía a esta configuración estatutaria era la de que las Cortes Generales reconocían que para asegurar los intereses generales del Estado no tenían necesidad de extender sus competencias, especialmente las básicas y «transversales», a los ámbitos declarados exclusivos de la Generalidad. La sentencia salva en apariencia la exclusividad pero advierte que ésta no puede impedir que el Estado pueda penetrar en esos ámbitos declarados exclusivos, ya que, y aquí está una de las claves de toda la sentencia, alterando su jurisprudencia anterior declara que los Estatutos no pueden contribuir a delimitar el contenido y alcance de las competencias, ni estatales ni autonómicas: corresponde en exclusiva a la Constitución y al propio Tribunal Constitucional» (C. VIVER PI-SUNYER, *Efectos jurídicos de la Sentencia del Estatut*, El País, 20 de julio de 2010).

mente proclame que «el contenido y alcance de las bases no pueden ser, como regla general, distintos para cada Comunidad Autónoma» (22).

Precisamente, puede decirse que alrededor de los artículos 110, 111 y 112 se encuentran algunos de los pronunciamientos más relevantes de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 (23). Ello no es casual. Asumen esos preceptos la delicada tarea de definir las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas de la Comunidad Autónoma. Desde esa operación estatutaria, dos problemas emergían de inmediato. Por una parte, la dificultad sino directamente imposibilidad de que un legislador infraconstitucional llegue a definir una categoría constitucional, misión ésta abocada para sí de forma exclusiva y excluyente por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 32/1981, recaída sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA). Por otra parte, el Estatuto, de forma coherente con su filosofía y finalidad, no se limita a asumir en su seno la definición de esas categorías derivada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Estatuto va más allá e innova, procurando fortalecer desde los más fundamentales enunciados la tesis del blindaje constitucional. Como no podía ser de otra manera, el Tribunal ha rechazado la tesis del Estatuto. Pero si bien la declaración de inconstitucionalidad del artículo 111 cabe considerarla como una de las más relevantes contenidas en la Sentencia, no deja de sorprender que los contundentes pronunciamientos interpretativos realizados alrededor de los artículos 110 y 112, no hayan supuesto directamente su inconstitucionalidad. Respecto a los mismos, el Tribunal ha dispuesto su traslado al fallo, algo que si bien les otorga una relevancia incuestionable, no deja de hacer posible una revisión de los mismos en el futuro.

2. Sobre la competencia en materia de régimen local

Como difícilmente podía ser de otra manera, esa tesis ha tenido su reflejo particular en relación con régimen local. Ahora bien, con carácter previo, el Tribunal tenía que resolver la cuestión esencial de si aceptaba

(22) En concreto, el Tribunal declara inconstitucional el inciso «*como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto*» (FJ 60).

(23) Respectivamente, Fundamentos Jurídicos 59, 60 y 61. En los mismos, además de la mencionada declaración de inconstitucionalidad, se contienen relevantes pronunciamientos interpretativos que son trasladados al fallo.

la interpretación de la no adscripción de la materia «régimen local» al artículo 149.1.18^º. Como ha habido ocasión de subrayar, todo el debate dependía de cómo se resolviese esta cuestión, auténtica clave de arco de todo el dilema.

Pues bien, el Tribunal ha ratificado la adscripción de la competencia sobre régimen local al artículo 149.1.18^º y lo ha hecho de una manera que puede calificarse casi de radical, pues no se ha limitado a ratificar la tesis tradicional sobre la relación entre el citado precepto y el régimen local, sino que ha vuelto a una interpretación expansiva de las competencias estatales, obviando cualquier posibilidad de modulación relacionada con el propio sentido de la evolución del Estado. Como se dijo, en dos de sus últimas sentencias sobre esta materia, el Tribunal parecía haber abierto una puerta a una tesis más flexible, de alguna manera más autonomista.

Así, en las Sentencias 159/2001 y 240/2006 distinguió entre «garantía constitucional» y «garantía legal básica de la autonomía local», dando a entender que las bases del Estado debían constreñirse a esa garantía constitucional. De esta manera, sólo aquello que derivase directamente de los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución formaría parte de la autonomía constitucionalmente garantizada, teniendo el resto una naturaleza constitucional diferente, abriendo de esta manera aunque fuese de una forma un tanto heterodoxa la puerta a una mayor competencia de las Comunidades Autónomas sobre el régimen local. Como se indicó, la evolución de la doctrina que parecía traducirse de esos pronunciamientos, podía considerarse coherente con la propia evolución federalizante del Estado autonómico y las correspondientes necesidades tanto de las Comunidades Autónomas como de la propia coherencia del Estado en su conjunto.

La Sentencia sobre el Estatuto catalán era la oportunidad de comprobar si se avanzaba en esa línea. Sin embargo, la respuesta se ha alejado de esa vía correctora. Si bien el Tribunal ha ratificado la constitucionalidad de los preceptos del Estatuto relativos a esta materia, lo ha hecho condicionándolos a la correspondiente competencia del Estado derivada del artículo 149.1.18^º. Y lo ha hecho reiterando una interpretación rígida de ese precepto, en función de la cual la competencia del Estado sobre las bases del régimen local sigue siendo muy amplia. Es como si la propia ambición del Estatuto hubiese retraído al Tribunal de considerar la posibilidad de avanzar en su proceso de autonomización

del régimen local. Cabe pensar que, ante la disyuntiva del todo o nada a la que en última instancia le enfrentaba el tenor del Estatuto catalán, el Tribunal se ha visto abocado a recuperar los elementos esenciales de su primera interpretación.

Así, en el FJ 36, la Sentencia comienza señalando que «en principio ninguna objeción puede formularse a que el Estatuto de Autonomía contenga las líneas fundamentales o la regulación esencial con el fin de vincular al legislador autonómico del régimen local, debiendo respetar en todo caso las previsiones estatutarias, como es obvio, la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del artículo 149.1.18ª». En otro momento, la Sentencia sanciona la «autonomía» de la competencia estatal en relación con la letra del Estatuto, al señalar: «Es evidente... que el legislador autonómico, al aprobar las referidas leyes ha de atenerse a la legislación básica del Estado en dicha materia, respetando en todo caso la competencia estatal» (FJ 37). En este mismo FJ, el Tribunal explícita el concepto de régimen local: «ha de descartarse que el precepto desplace o impida el ejercicio de la competencia estatal en materia de bases del régimen local ex artículo 149.1.18ª, en virtud de la cual corresponde al legislador estatal fijar unos «principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales» de los entes locales constitucionalmente necesarios, recordando, otra vez, la STC 214/1989.

Esta línea argumental adquiere toda su rotundidad en el FJ 100: «el artículo 160.1, al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en exclusividad lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del artículo 149.1.18ª». No debe obviarse que el Tribunal expresamente señala que la no cita del artículo 149.1.18ª ni tacha de inconstitucional al precepto estatutario ni puede impedir «de ninguna manera» el ejercicio de la competencia estatal. Es una cuestión relevante. La cita o no cita por los Estatutos de los preceptos competenciales del Estado es indiferente. Estos despliegan sus efectos por mor de la Constitución y con independencia absoluta de lo que puedan establecer los Estatutos. De esta manera, se asuma o no la técnica del «sin perjuicio», las cláusulas del artículo 149 de la Constitución siempre estarán allí desplegando su fuerza a favor del Estado. La contundencia en esta declaración facilita al Tribunal Constitucional la limitación al máximo de los preceptos estatutarios expresamente declarados inconstitucionales.

Una respuesta que merece un comentario singular es la realizada por el Tribunal a la tesis de la geometría variable en la aplicación de la legislación básica. No parece que por casualidad el Tribunal haya sido rotundo en este extremo, al señalar en su FJ 60: «El contenido y alcance de las bases no puede ser, como regla general, distinto para cada Comunidad Autónoma, pues en otro caso el Estado tendría que dictar uno u otro tipo de bases en función de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía». No por ser una consecuencia necesaria de la doctrina anterior, pierde su singularidad. La competencia del Estado es uniforme para todo el territorio nacional con independencia de lo que señalen los Estatutos de Autonomía. Es fácil entender las dificultades que puede plantear esta tesis en el marco de un Estado en el que en virtud del principio dispositivo, la variabilidad de la redacción de los textos estatutarios es notable. Dificultades, desde luego, perfectamente comparables a las que puede provocar su contrario, es decir la aceptación de la necesaria modulación de las competencias en virtud de de la ilimitada generalización del uso del principio dispositivo.

En todo caso, parece que tras la Sentencia, sigue siendo claro que la materia de régimen local, incluyendo la relación de submaterias relacionadas en los diferentes Estatutos de Autonomía, pertenece a la categoría de las competencias compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma. A lo más, como señala Pedro Luis MARTÍNEZ, en algunas de esas submaterias (como las relaciones de cooperación entre los entes locales y la Administración de la Comunidad Autónoma), puedan acercarse a la exclusividad autonómica (24). Algo parecido, si bien con cautelas, podría suceder en relación con el régimen de los bienes locales adscritos a las distintas áreas de competencia autonómica.

V. REFLEXIÓN PERSONAL. TEORÍA Y PRAXIS. SOBRE EL ALCANCE DE LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional, podría pensarse que poco ha cambiado tras la aprobación de los Estatutos de Autonomía de segunda generación. Es decir, podría pensarse que aunque su letra en lo relativo a las competencias autonómicas sobre régimen local es

(24) Al respecto, véase, P.L. MARTÍNEZ PALLARÉS, *La organización territorial de la Comunidad Autónoma*, en *Tratado de Derecho Público Aragonés*, ob. cit., pp. 765-767.

muy diversa a los textos que les precedieron, la cuestión sigue inalterada. El artículo 149.1.18^º contiene la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico local y esta competencia se despliega con independencia de la letra de los Estatutos. Si bien la lectura de la Sentencia parece abocar a esa conclusión, personalmente no creo que este vaya a ser el final del proceso abierto con los nuevos Estatutos. Son diversos los argumentos que me llevan a pensar que de hecho la situación va a ser necesariamente diversa a no mucho tardar, respecto de lo que hoy conocemos y el Tribunal parece haber sancionado. Por una parte, la letra de los nuevos Estatutos es diferente. Por otra, la política también lo va a ser. Los primeros síntomas de que esto va a ser así no han tardado en aparecer.

Respecto de la letra de los Estatutos, podría alegarse que ello ha sido resuelto, y con rotundidad, por el Tribunal Constitucional. Desde luego, el Tribunal se ha pronunciado en ese sentido conservador y con claridad. Pero lo ha hecho este Tribunal, con una composición que se modificará radicalmente en breve y, lo más relevante, sin llegar a pronunciamientos expresos de inconstitucionalidad. Es cierto que la doctrina que establece la Sentencia, en muchos casos con pronunciamientos interpretativos que incluso llegan a reivindicarse como los únicos posibles, ha de condicionar, al menos en cierta medida, la labor del Tribunal en los próximos años. Pero también lo es que la conjunción de los resquicios dejados por la jurisprudencia del Tribunal con la letra de los Estatutos, deja un espacio notable para la viabilidad de una realidad de hecho bien diferente a lo que cabría deducir de los pronunciamientos contenidos en la Sentencia.

Es aquí donde emerge con fuerza el factor político. La aplicación de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010 exige también una inequívoca voluntad política de llevarla a cabo. También de un clima de un mínimo consenso sobre el alcance y desarrollo del Estatuto. Nada de esto parece existir. Lo sucedido con la Ley de Veguerías de 27 de julio, y, por tanto inmediatamente posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, parece confirmar esta opinión. En el FJ 40 de la Sentencia se afirma con rotundidad que la no mención por el Estatuto de la Provincia, no puede suponer la desaparición de la provincia en Cataluña. Lo que sí es posible es que, si se respetan sus funciones, las provincias catalanas pasen a denominarse veguerías (FJ 41). En ese caso, los Consejos de Veguerías pueden sustituir a las Diputaciones Provinciales. Pero corresponderá en todo caso a la legislación estatal tanto

determinar la composición y forma de elección de los Consejos como regular sus competencias en el orden local (FJ 41).

Ahora bien, lo realmente significativo es que el Tribunal llega a afirmar que en ese caso de cambio de denominación de la provincia por veguería y de sustitución de las Diputaciones por los consejos, «en ningún caso la creación, modificación y supresión, así como el desarrollo del régimen jurídico de las veguerías» podrían regularse entonces por ley del Parlamento catalán, pues es obvio que, como ente local garantizado por la Constitución, la provincia denominada veguería en Cataluña es indisponible por el legislador autonómico. Y si se entiende que las veguerías son un ente de nueva creación, no será constitucionalmente admisible que los consejos sustituyan a las Diputaciones. Es más, se llega a decir que los consejos de veguería sólo pueden sustituir a las Diputaciones en el exclusivo caso de que los límites geográficos de las veguerías coincidan con los de la provincia.

Pues bien, el contraste de lo anterior con la Ley de Veguerías, no puede sino plantear serias dudas sobre la interpretación que de la Sentencia realiza el legislador catalán. Expresamente, el artículo 1º de esta Ley indica que su objeto es regular la doble naturaleza de la veguería, determinar la división territorial de Cataluña en veguerías y establecer el régimen jurídico de los consejos de veguería y la transición de las Diputaciones Provinciales a los nuevos consejos de veguería. Creo que es posible afirmar que toda la Ley dificulta una interpretación constitucional de la misma en el sentido de entender que las veguerías se limitan estrictamente a sustituir a las provincias con otro nombre. Incluso en el entendido de que la modificación territorial que se plantea fuese acorde con la Constitución, y coherente con el esquema provincial al plantearse en la DA 2ª la iniciativa legislativa antes las Cortes Generales, es muy difícil no ver en la Ley una supresión de la provincia a favor de un nuevo ente unívocamente autonómico y sobre el cual el legislador estatal carecería de competencias. Sin embargo, ni el gobierno ni ningún grupo político ha planteado recurso de inconstitucionalidad sobre la misma.

Como en otros temas, no creo que el debate que suscita y va a suscitar la regulación del régimen local pueda aislarse de consideraciones políticas que trascienden el debate jurídico. Desde esta perspectiva, la doctrina adoptada por el Tribunal Constitucional deberá tomarse como premisa necesaria e inexcusable para una reflexión serena. Hay que recordar que

el Tribunal sólo ha situado los términos del debate en su dimensión jurídico constitucional. En consecuencia, no ha fijado un estándar cerrado. Por el contrario, los actores gozan, siguen gozando, de la flexibilidad propia del Estado autonómico. Una flexibilidad que en relación con el tema que nos ocupa, el Tribunal Constitucional va a volver a tener como marco la ley estatal que haya de regular el régimen local y la definición de lo básico que se haga de la misma. Precisamente, a ese punto se traslada el debate. A la redacción de esa Ley. Y en este punto sí resultará preciso, además de las oportunas referencias de naturaleza nítidamente política, tener en cuenta otras circunstancias que han de servir para reforzar una interpretación meramente jurídica.

Me refiero esencialmente a dos cuestiones, aunque a buen seguro resultaría posible poner otros elementos encima de la mesa. En primer lugar, a la obviedad de que la letra de los nuevos Estatutos es diferente a la de los Estatutos de primera generación. Una letra que, aunque haya podido ser matizada, debe recordarse, no ha sido declarada inconstitucional por el Alto Tribunal. De esta manera, no creo que fuese razonable ponderar el posible alcance de las bases del Estado como si no existiese esa expresión jurídica que son los nuevos Estatutos de Autonomía. La fuerza correctora de la doctrina del Tribunal Constitucional no puede, en mi opinión, llegar en ningún caso al extremo de ignorar la letra de esos Estatutos. Dicho de otra manera, el alcance la competencia del Estado, es decir la extensión de las bases de su régimen jurídico, no puede ser el mismo antes que después de la aprobación de unos Estatutos que, en última instancia lo fueron mediante ley orgánica. Una letra que, hay que insistir, demuestra una vocación inequívoca por asumir como propia la materia de régimen local. Con la Sentencia 31/2010 en la mano, el legislador correspondiente estaría en condiciones de aprobar una ley con unas bases tan extensas como la de 1985 o más, si se desease. Pero que fuese jurídicamente posible no significa que puedan soslayarse de la misma manera los obstáculos jurídicos que en la letra de los Estatutos tienen también un reflejo político. Me explico. No se trataría tan sólo de que las Comunidades Autónomas pudiesen plantear sólidos argumentos políticos en tanto que los textos de los diversos Estatutos obtuvieron el respaldo de las Cortes Generales. Es que también podrían aducir que esos textos se encuentran en vigor, ya que, en todo caso, el Tribunal Constitucional no llegó a declararlos inconstitucionales.

En segundo lugar, y de forma coherente con lo anterior, el legislador estatal no puede ignorar la evolución del Estado. La descentralización

política del poder es hoy radicalmente diferente a la de 1985. Y no sólo en términos cuantitativos. Bien puede decirse que el Estado regional que entonces sólo se intuía es en la actualidad un reflejo de la diversidad federal. De ello se tienen que derivar forzosamente consecuencias generales en el momento de definir las competencias del Estado y muy en particular el alcance de la legislación básica. Y si ello podría ser proclamado de manera general, resulta especialmente predicable en materia de régimen local. La evolución descentralizadora del Estado debe tener su correlato en un mayor margen de disposición de las Comunidades Autónomas en relación con su organización territorial y, en particular, con el régimen local del mismo. Una disponibilidad que en ningún caso es incompatible con la consolidación de la homogeneidad necesaria para la debida fortaleza del Estado traducida siempre en la mejor gestión pública y el correspondiente servicio a los ciudadanos.

En conclusión, podría decirse que la conjunción de la letra de los nuevos Estatutos con la estructura general del Estado y la tradicional asunción de la materia local por los Estados en los sistemas federales, obliga a la necesidad de una reinterpretación sustancial de las bases del Estado en la materia. Una reinterpretación que debería incrementar significativamente el ámbito de decisión propio de las Comunidades Autónomas. Simultáneamente, ese incremento no debería realizarse en términos de fractura, como si no existiese un pasado tan poderoso como el que existe y una comunidad tan firme. Si el ejercicio de las competencias por el Estado no puede desconocer, con independencia de las posibilidades que le ofrezca la Sentencia del Tribunal Constitucional la evolución del Estado autonómico, que es, no se olvide, su propia evolución, las Comunidades Autónomas no pueden olvidar el pasado, ejerciendo sus competencias como si nada les uniese al mismo. Ni tampoco, por supuesto, los propios términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Además, las Comunidades Autónomas no pueden olvidar la propia personalidad de las entidades locales. Porque no debiera olvidarse que en ningún caso las entidades locales pueden ser sujeto meramente pasivo del ejercicio competencial por el Estado o por las Comunidades Autónomas.

Por ello, se hace necesario que, más allá, de la estricta letra competencial, se llegue a un acuerdo que establezca las características esenciales del modelo local español, incluyendo la determinación de qué debe ser decidido desde el Estado y qué desde las Comunidades Autónomas. Por otra parte, ese marco lleva a insistir en la necesidad de elaborar proce-

dimientos y crear instituciones que faciliten la concurrencia de la voluntad estatal y autonómica.

Como en tantos otros temas, y como fielmente ha demostrado el proceso de aprobación de los denominados Estatutos de segunda generación, una solución coherente y eficiente a los problemas planteados pasa por la reforma de la Constitución. Sin esa reforma, las soluciones serán, en general, provisionales. Pero mientras llega, es preciso emprender la tarea de acometer los principales problemas de una manera razonable, descartando dogmatismos y apriorismos innecesarios. En la materia que ha interesado a estas páginas, el escenario necesario es el de la aprobación de una nueva Ley de Régimen Local por parte del Estado. El texto resultante debiera ser el fruto del equilibrio entre la evolución del Estado, de la que son fiel reflejo los nuevos Estatutos de Autonomía; la posición autónoma y singular de las entidades locales, muy en especial del municipio y de las exigencias derivadas de la necesaria fortaleza del Estado que impone de manera inevitable la existencia de unas coordenadas comunes que impidan malograr esfuerzos y abrir puertas a estructuras redundantes e ineficientes.

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONAL(*)(**)

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Colaboración y contratación: dos caras de una misma moneda. 2. El interés por colaboración público-privada en el plano europeo. Concepto y caracteres. 3. Tipología de colaboraciones público-privadas.– II. LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA LCSP: 1. Colaboración de tipo contractual. 2. Las escasas previsiones sobre colaboración de tipo institucional. Primer análisis de la regulación proyectada.– III. MARCO JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONAL. SU CONEXIÓN CON EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONCESIONES: 1. ¿Única o doble licitación?. 2. Procedimiento de adjudicación del contrato. 3. Elementos específicos del contrato relativos a la selección del socio privado. 4. Las condiciones de ejecución de la colaboración y la posibilidad de su modificación. 5. Las relaciones de la entidad mixta con terceros. IV.– CONCLUSIONES. V.– BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La colaboración público-privada institucionalizada consiste en la cooperación entre socios del sector público y del sector privado instrumentada a través de entidad de capital mixto. La aportación privada a la entidad de capital mixto consiste, además de la contribución al capital u otros activos, en la participación activa en la ejecución de los contratos y concesiones que le encomiende la entidad contratante.

Palabras clave: contratos públicos; colaboración público privada institucionalizada; encargos a medios propios.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de noviembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de noviembre de 2010.

(**) El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de investigación del MICINN sobre los «Nuevos escenarios de la contratación pública: urbanismo, contratación pública y cooperación intersubjetiva» (DER 2009-12116), y del Grupo de Investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (UZ S-62). En el mismo se recogen parte de las consideraciones realizadas en mi tesis doctoral, defendida el día 7 de julio de 2010 en la Facultad de Derecho de Zaragoza, sobre «El contrato de concesión de obras públicas. Depuración conceptual y distinción de figuras paraconcesionales».

ABSTRACT: Institutionalised public private partnership are understood as a co-operation between public and private parties involving the establishment of a mixed capital entity which performs public contracts or concessions. The private input to the Institutionalised public private partnership consists — apart from the contribution of capital or other assets — in the active participation in the operation of the contracts awarded to the public-private entity and/or the management of the public-private entity.

Key words: Public Procurement, institutionalised public private partnership, in house providing.

I. INTRODUCCIÓN

La colaboración entre el sector público y el sector privado es una expresión que está de moda en los últimos tiempos. No es, ni mucho menos, una expresión de nuevo cuño, ni sus manifestaciones desconocidas en muchos ámbitos de la actuación pública y administrativa. Pero quizá sea la escasez de recursos públicos, característica de los períodos de crisis como el que nos encontramos, lo que haya precipitado los debates sobre su significado y los ámbitos en los que, más que posible, resulta deseable esa colaboración, destacando, entre otros, la construcción de infraestructuras y la prestación de servicios públicos.

Pero a ese debate sobre la oportunidad de la colaboración de ambos sectores debe preceder, en nuestra opinión, el de su ordenación jurídica, cuestión que todavía no está del todo cerrada en estos momentos. Desplegar iniciativas de colaboración entre el sector público y el sector privado en un escenario sobre el que no existe suficiente seguridad jurídica las aboca, irremediabilmente, al fracaso más estrepitoso.

1. Colaboración y contratación: dos caras de una misma moneda

Por el momento, la regulación de las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado trata de reconducirse al marco de la contratación pública y las concesiones (COBOS RUIZ DE ADANA, 2008, p. 26). Justifica tal circunstancia el hecho de que la colaboración entre ambos sectores se materializa, de ordinario, en la ejecución de una prestación típicamente contractual o concesional. Para el caso de que la colaboración

público-privada no tenga por objeto una prestación típicamente contractual, estará justificada la utilización de otras fórmulas de colaboración, como el convenio, excluidas del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos y concesiones (1).

Efectivamente, lo que en el fondo trasluce en toda operación de colaboración entre los sectores público y privado es la ejecución de un contrato público o una concesión, y ello con independencia del modo en que dicha operación se articule (2). Por eso, podemos decir que colaboración y contratación pueden considerarse, en definitiva, dos caras de una misma moneda.

Le existencia de una prestación típicamente contractual o concesional en toda operación de colaboración público privada determina que el Derecho aplicable a los contratos públicos y las concesiones proyecte su influencia sobre este tipo de operaciones, hasta el punto de que, como veremos, la prestación objetiva de la colaboración ejerce una *vis atractiva* en el aspecto procedimental sobre la prestación subjetiva (selección del socio privado).

La ejecución de las prestaciones que integran el contrato derivado de la colaboración no puede perderse de vista en ningún momento, y por eso la selección del socio privado para ejecutar dicho contrato no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar. La colaboración del sector privado, si no se dispone de criterios claros y objetivos que permitan al poder adjudicador seleccionar la oferta más ventajosa económicamente, podría constituir una violación del Derecho en materia de contratación pública y concesiones.

(1) En este sentido, el art. 4 LCSP dispone en su apartado 1 letra d) la exclusión de su ámbito de aplicación de «los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

(2) Debemos avanzar ahora, sin perjuicio de su análisis posterior, que existen dos grandes modelos o formas de colaboración entre el sector público y el sector privado. Una primera, cuyo nexo de unión entre las partes es un contrato, y aquella otra en la que la colaboración se lleva a cabo en el seno de una entidad distintas de los socios privados y en la que, en la proporción que se establezca, participan ambos socios (entidad mixta). La primera se conoce como colaboración público-privada convencional o contractual, y la segunda, de tipo institucional.

Por ello interesa el examen de las normas sobre contratos públicos y concesiones que resultan aplicables a la etapa de selección del socio privado, por una parte, y al régimen que debe seguir el desarrollo (la ejecución) del acuerdo de colaboración, de otra.

2. El interés por colaboración público-privada en el plano europeo. Concepto y caracteres

Determinar la génesis del interés comunitario por la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado no es una tarea fácil. Anticipamos que no existe todavía, y albergamos serias dudas de que pueda ser así en un futuro, un instrumento con fuerza normativa que aborde la ordenación de las relaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado, sino que toda la *opinio* europea sobre el tema se recoge en instrumentos de enorme valor interpretativo, *soft law*, pero sin rango normativo (3).

Quizás pueda situarse la primera muestra de ese interés en el proceso de reflexión sobre la contratación pública iniciado con la publicación en 1996 del *Libro verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. En dicho texto, la Comisión manifestaba su disposición para fomentar la participación del sector privado en un ámbito concreto: la financiación de las redes transeuropeas de transporte, justificando su postura en la crucial importancia de la política de transporte para la competitividad general de la economía de la Unión y, a la vez, directa e indirectamente, para la creación de empleo. Entendió la Comisión en ese momento que las normas comunitarias en materia de contratos públicos facilitaban la participación del sector privado en las redes transeuropeas, sin necesidad de modificar el marco jurídico existente. No obstante esa suficiencia del marco jurídico, existía la predisposición para, en su caso, aclararlo, y eliminar cualesquiera trabas a la colaboración entre el sector público y el privado, anticipando algunos problemas que podía presentar el recurso a estas técnicas: la dificultad de garantizar una rentabilidad aceptable para el socio

(3) Sintomático de lo que exponemos es lo que dispone al respecto la Comisión en su *Comunicación al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2005) 569 final], cuyo contenido abordaremos más adelante:

«La presente Comunicación no crea ninguna normativa nueva y refleja la interpretación que la Comisión hace del Tratado CE, las directivas sobre los contratos públicos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Hay que señalar que, en cualquier caso, la interpretación del Derecho comunitario corresponde, en último término, al TJCE».

privado así como el problema de los riesgos no comerciales vinculados al cambio de política de los poderes públicos (4).

En su posterior *Comunicación sobre la contratación pública en la Unión Europea* de 1998, la Comisión señalaba que los modos de financiación, o la decisión sobre gestión pública o privada de sus infraestructuras y servicios entraban en el ámbito de responsabilidad de los Estados miembros. Sin embargo, al mismo tiempo, manifestó la necesidad de definir un marco jurídico que permitiese el desarrollo de formas de asociación público-privadas, aclarando y simplificando sus condiciones de aplicación en *pro de* una mayor seguridad jurídica. Con vistas a ello, se proponía la elaboración de un documento interpretativo que explicitase y precisara las normas y principios aplicables a las concesiones, de un parte y, de otra, examinara las otras formas de asociación entre el sector público y el sector privado (5). Como a continuación se verá, la Comisión cumplió de manera inmediata con el primero de sus propósitos, posponiendo hasta 2004 el segundo de ellos, el relativo al estudio de las formas de asociación público-privada.

En 1999, el Proyecto de *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario de contratos públicos* (Documento 1999/C 94/04) declaraba la intención de la Comisión de precisar el régimen jurídico aplicable a las concesiones y también a «otras formas de asociación entre los sectores público y privado que presentan semejanzas con las concesiones». A pesar de esta intención inicial, en el documento final, que recoge la *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Dere-*

(4) La idea de la participación del sector privado en la financiación de las redes transeuropeas de transporte se retomó en la *Comunicación sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras Interoperabilidad del telepeaje* COM (2003) 132 final. En dicha Comunicación se presentaban las Asociaciones público-privadas como

«...un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, ... útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público. Ahora bien, esta solución suele tener repercusiones en el terreno de los costes, que a menudo suelen ser superiores a los de una financiación íntegramente pública, a causa del coste de las transacciones y de los capitales, mayor para los inversores privados. No obstante, se indicaba, el recurso a las Asociaciones público-privadas no se puede presentar como una «solución milagro» para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. La experiencia demuestra que una Asociación público-privada mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público».

(5) Con ello se determinaría en qué medida las normas sobre contratación pública podían constituir un marco jurídico adecuado para garantizar el respeto de las normas del Tratado, permitiendo al mismo tiempo el desarrollo de estas formas de cooperación para, en su caso, clarificar los textos existentes, e incluso a introducir modificaciones en los mismos.

cho comunitario de 2000, se eliminó toda otra referencia que no fuese la relativa al fenómeno concesional, dado que en el subsiguiente proceso de debate que se generó tras la publicación del Proyecto de Comunicación, se puso de manifiesto la variedad de fórmulas asociativas público-privadas y la imposibilidad de reducirlos a un catálogo cerrado de supuestos. Su regulación, en palabras de la propia Comisión, exigía una reflexión sobre las características comunes a estos fenómenos, que se trasladaba a un momento *pro futuro*, configurando la Comunicación interpretativa sobre las concesiones como el punto de partida de ese debate.

Para contribuir a ese debate, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) publicó en 2001 un Dictamen sobre *El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado* (Documento 2001/C 14/19) en el que, tras poner de manifiesto el tratamiento extremadamente dispar que ofrecían las legislaciones nacionales tanto a las concesiones como a los contratos de asociación público-privada, abogaba por el establecimiento, a nivel comunitario, de unos conceptos armonizados tanto de «concesión» como de «consorcio público-privado». La solución, a juicio del CESE, pasaba por la elaboración de una Directiva comunitaria que unificara el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos.

Aunque ya lo había anunciado en 2003, no es hasta el segundo trimestre de 2004 cuando la Comisión presenta un *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2004) 327 final] (6). El Libro Verde nacía con la intención de generar un proceso de reflexión sobre

(6) Dicho Libro Verde se anunciaba en la Comunicación de 2003 antes citada sobre *Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras Interoperabilidad del telepeaje*. Dicha iniciativa debía permitir a la Comisión evaluar la oportunidad de mejorar o completar el marco jurídico con el fin de permitir un mayor acceso de los operadores económicos a las diferentes operaciones de Asociación público-privada realizadas en la Unión Europea.

En la misma Comunicación se advertía no obstante de la necesidad de no subestimar determinadas limitaciones que aparecían en el proceso de regulación de las Asociaciones público-privadas:

- Las reticencias de determinados Estados miembros a impulsar las Asociaciones público-privadas;
- La duración cada vez más larga de las negociaciones, que constituye un elemento disuasivo;
- La suma necesaria para participar en una licitación está en relación con el tamaño y la complejidad del proyecto;
- La búsqueda de rentabilidad a corto plazo, cuando se trata en su mayoría de proyectos a largo, o muy largo, plazo;
- El contexto político, a menudo fluctuante, que genera incertidumbres que inciden en la rentabilidad del proyecto y pueden disuadir al inversor privado.

las fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado. A partir de su publicación, la Comisión puso en marcha un proceso de consulta y debate sobre esta cuestión, dando la oportunidad de participar en el mismo a cuantos organismos y particulares estuviesen interesados (7). Interesa destacar ahora que en el Libro Verde de 2004 ya se establece una clasificación de las operaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado, según la colaboración se base en vínculos exclusivamente convencionales (colaboraciones público-privadas contractuales), o bien impliquen la cooperación de ambos sectores en el seno de una entidad diferente (colaboraciones público-privadas institucionalizadas).

El debate sobre la colaboración público-privada a nivel europeo, una vez lanzado, se centró sobre todo en su definición y en las normas que habían de aplicarse cuando se decidiese encomendar una tarea a un tercero (RODRÍGUEZ VARELA, 2008, p. 91). Como contribuciones destacadas, podemos señalar las del Consejo Económico y Social Europeo (Dictamen núm. 1440/2004, de 27.10.2004.) y el Comité de las Regiones —CDR— (Documento 2005/C 71/05). Ambas Instituciones apreciaron la necesidad de profundizar en la definición de la colaboración público-privada. De una parte, porque, como señalaba el CDR, el concepto de colaboración público-privada era utilizado en una perspectiva bastante más amplia de lo que se pretendía inicialmente. De otra, porque —señalaba el CESE— resultaba necesario unificar la definición de los contratos de colaboración público-privada en los Estados miembros, habida cuenta de la especificidad de los mismos, puesta de relieve con la adopción de normativa específica para estos contratos en algunos Estados miembros.

Los frutos de ese debate sobre la colaboración público-privada fueron recogidos por la Comisión a finales de 2005 en su *Comunicación al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2005) 569 final]. En dicha Comunicación trataban de sentarse las bases sobre la futura regulación de la materia. Así, de una parte, en relación con las fórmulas de colaboración público-privada de tipo contractual, la Comisión, a la vista de las respuestas recibidas a su consulta, adoptó la decisión de no establecer una nueva legis-

(7) Algunas de las aportaciones que sobre el citado Libro Verde se trasladaron a la COMISIÓN por Entidades Públicas, asociaciones, empresas y particulares pueden consultarse en la página http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm#contributions.

lación que unificara la adjudicación de las mismas, con independencia que se considerasen contratos públicos o concesiones (8). De la misma opinión participaría el Parlamento Europeo unos años más tarde. En su *Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (Documento 2006/2043 (INI) de 26 de octubre de 2006), el Parlamento Europeo se muestra contrario al establecimiento de un régimen jurídico propio para las colaboraciones público privadas de tipo contractual, si bien considera necesario prever una iniciativa jurídica en el ámbito de las concesiones. (9)

(8) La Comisión preguntó a las partes interesadas si estarían de acuerdo en que se adoptara nueva legislación que regulase todas las CPP de tipo contractual, independientemente de que se consideraran contratos públicos o concesiones, someténdolas a regímenes de adjudicación idénticos (pregunta 7 del Libro Verde). La consulta puso de manifiesto una oposición significativa de las partes interesadas al establecimiento de un régimen que regule todas las CPP, independientemente de que se trate de contratos o de concesiones. No obstante, la Comisión señalaba la continuidad de los debates en comités a nivel de la Comisión, en los que se reúnen expertos en contratación pública (Comité consultivo para la apertura de la contratación pública, creado en virtud de la Decisión 87/305/CEE de la Comisión) y representantes de los Estados miembros, a través de la participación en conferencias sobre colaboración público-privada y contratación pública y mediante contactos directos entre funcionarios de la Comisión y expertos en colaboración público-privada.

El CDR, sin embargo, consideraba necesaria la adopción de una Comunicación interpretativa que abarcara todos los tipos de acuerdos de colaboración público-privada, *Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones»*, Documento 2007/C 51/05 publicado en D.O.U.E. de 6.3.2007.

(9) En esa línea debe entenderse la última actuación de la Comisión, que nos mueve a pensar que no se ha abandonado definitivamente la idea de elaborar una disposición reguladora de las concesiones. En agosto de 2010 se ha publicado un cuestionario dirigido a las autoridades contratantes en el marco de una consulta más amplia de las partes interesadas, que incluye además una consulta abierta y otros cuestionarios específicos dirigidos a los interlocutores sociales y a las empresas públicas y privadas. En ese cuestionario dirigido a las autoridades contratantes, además de preguntas de tipo general sobre el marco de la adjudicación de los contratos públicos y otras relacionadas sobre los posibles efectos de una iniciativa europea sobre las concesiones, destacan algunas preguntas específicas en relación con las concesiones de obras y de servicios:

25. Por lo que se refiere a las concesiones de servicio, serían favorables a normas de la UE que prevén:

a) ¿la obligación para el poder adjudicador de publicar un anuncio de adjudicación en el Diario Oficial de la Unión Europea? ¿Cuáles deberían ser los límites máximos de publicación y según qué método deberían calcularse?

b) ¿la obligación de respetar plazos mínimos para la presentación de las solicitudes de adjudicación (no menos de 52 días, por ejemplo)?

c) ¿la obligación para un concesionario de respetar el principio de la no discriminación en la selección de subcontratistas (si es posible, quiere también emitir su opinión sobre las disposiciones pertinentes actualmente aplicables a los concesionarios de obras)?

d) ¿la posibilidad de confiar directamente servicios complementarios al concesionario inicial, en el caso de que solamente cuando estos servicios, tras una circunstancia imprevista, se convir-

Por el contrario, en el ámbito de las fórmulas de colaboración público-privada de tipo institucional, en la Comunicación de 2005 se proponía la

fieron en necesarios para la prestación de los servicios contemplados por la adjudicación inicial y no pueden ser técnica o económicamente separada de los servicios iniciales, o son estrictamente necesaria para su prestación?

e) ¿la posibilidad para un órgano de contratación de exigir del concesionario que subcontrate al menos un 30% de los servicios a terceros, o que precise el porcentaje de servicios que se propone subcontratar a terceros?

f) ¿la instauración, para los licitadores perjudicados, de vías de recurso eficaces presentando las mismas garantías que aquéllas previstas por las directivas sobre recursos?

Para cada una de las opciones citadas, quiere explicar su posición e indicar cuáles serían a su modo de ver las consecuencias sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc.).

26. Por lo que se refiere a las concesiones de servicios y las concesiones de obras públicas, serían favorables a normas de la UE que prevén:

i. la obligación de anunciar claramente criterios de selección que se limitan a la capacidad financiera, económica y técnica de los licitadores. Justifique su respuesta indicando los posibles efectos de tal medida sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc.);

ii. la posibilidad para un operador de la UE (por ejemplo una PYME) de prevalerse, en particular, de la situación de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con las (otros miembros de un consorcio, subcontratistas), con el fin de probar que cumple los criterios de selección para participar en un procedimiento de adjudicación, en cuanto puede demostrar que los vuelva a las raíces de estas entidades están efectivamente a su disposición;

iii. la obligación de limitar los criterios de adjudicación admisibles al precio el más bajo y a la oferta económicamente más ventajosa. En su ausencia ¿sería favorable a la instauración de garantías mínimas de objetividad y la no discriminación para la definición de los criterios de adjudicación?

iv. ¿disposiciones sobre la utilización no discriminatoria de prescripciones técnicas, como en el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, por ejemplo?

v. la limitación (a excepción del sector de los servicios de utilidad pública) de la elección de los procedimientos al procedimiento abierto, al procedimiento restringido o al procedimiento de diálogo competitivo, como las descritas en la Directiva 2004/18/CE, y el recurso al procedimiento negociado solamente en casos excepcionales, como los actualmente previstos por el artículo 30 de la Directiva 2004/18/CE?

En su ausencia ¿serían favorables a la instauración de exigencias mínimas referentes a normas y modalidades que garantizan la igualdad de trato y la transparencia en la conducta de los procedimientos de adjudicación (en particular, de los procedimientos negociados)? ¿Qué exigencias le parecerían las más convenientes?

Para cada una de las opciones expuestas, quiere explicar su posición e indicar cuáles serían en su opinión modo de ver las consecuencias sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc.).

27. ¿Consideran que el marco legal actual relativo a las modificaciones de concesiones, como opina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias *Succhi di Frutta*, *Pressetext*, *Acoset* y *Wall AG*, queda suficientemente claro y permite tener en cuenta la naturaleza evolutiva de las concesiones? Quiere precisar su respuesta.

elaboración de una nueva Comunicación interpretativa en la que se explicara el modo en que se debían aplicarse las normas de contratación pública al establecimiento de dichas formas de colaboración institucionalizada. En cumplimiento de tal consideración, la Comisión publicaba en 2008 su *Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)* (Documento 2008/C 91/02), cuyo contenido se analizará más adelante.

A pesar de todos los documentos elaborados por las Instituciones europeas, por el momento no existe ninguna definición válida que abarque todas las formas de colaboración público-privada que existen. Por más que se haya reclamado una depuración del concepto en varias ocasiones y desde diferentes instancias, lo cierto es que cualquier intervención sobre este fenómeno huye de su positivación.

No obstante esa falta de definición homogénea y general, parece existir cierto acuerdo en que la colaboración público-privada se refiere a diferentes formas de cooperación entre las Autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto. En el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 2004 se apuntaban precisamente estas notas que *suelen* caracterizar las operaciones de colaboración público-privada:

«a) La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.

b) El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

c) El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de

alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.

d) El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos».

La evolución europea de la colaboración público-privada debería cerrarla una nueva Directiva sobre la materia. Sin embargo, muy difícilmente se va a poder alcanzar un consenso comunitario a corto o medio plazo por las diferentes posturas de los Estados de la Unión Europea, lo cual contrasta con la incorporación a algunas normas nacionales reguladoras de los contratos públicos de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como es el caso de Francia o España (10).

3. Tipología de colaboraciones público-privadas

En cuanto a su tipología, desde el ámbito europeo (Libro Verde de 2003) se apuntaron los dos grandes modelos de operaciones de colaboración público privada, sobre los que, advertimos, mantenemos nuestras reservas:

a) las de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales. Esta categoría engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio. Uno de los modelos más conocidos es el modelo de concesión, que se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo

(10) Cfr. Ordonnance n° 2004/559, de 17 de junio de 2004, luego modificada a través de la Ley n° 2008-735, de 28 julio de 2008, relativas a los *contrats de partenariat* y art. 11 de la Ley 30/2007, de contratos del Sector público, que otorga la carta de naturaleza de contrato a la *colaboración público-privada*.

su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos. Junto al modelo de colaboración por concesión existen otros en los que la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura «para» la Administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo son las «Iniciativas de financiación privada» para la modernización de infraestructuras, de amplia difusión en Inglaterra, y que, con diversas variantes, está presente también en otros países. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra.

b) las de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente. Este modelo de cooperación acoge en su seno dos variantes, según el modo en que se vaya a instrumentar la colaboración: bien a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado, o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado.

Algunas consideraciones se imponen en relación con la clasificación de las operaciones de colaboración público privada apuntada. En primer lugar, estas grandes categorías a las que se reconducen las operaciones de colaboración público privada prescinden de la calificación jurídica que les otorgan los diferentes Derechos nacionales. Cada Ordenamiento goza de libertad para decidir de qué manera se incorporan al mismo las figuras que se agrupan dentro de cada una de las categorías señaladas. Lo que al Derecho europeo importa, sin embargo, es que cuando tras la concreta figura a través de la cual se articula la colaboración se esconda la adjudicación de un contrato público o una concesión se apliquen las normas europeas reguladoras de la adjudicación de contratos públicos y concesiones.

Del mismo modo, y en segundo lugar, la anterior clasificación que distingue entre operaciones de colaboración público privada contractuales

e institucionales, en ningún caso prejuzga la calificación que en un futuro pueda acogerse en una norma europea al regular estos tipos de fórmulas o contratos. El único objetivo de esta clasificación es distinguir entre sí las fórmulas habitualmente consideradas de colaboración público privada, a fin de determinar las normas del Derecho de contratos públicos y concesiones que resultan aplicables a las mismas.

En tercer lugar, como hemos señalado, las operaciones de colaboración público privada de carácter institucional se caracterizan por articularse a través de una entidad diferente, con personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios, público y privado, que participan en la misma. Sin embargo, nos atrevemos a sostener que, en el fondo, no son sino otra variante del modelo de cooperación convencional o contractual, por lo que podría dudarse de su autonomía con respecto de aquél. La existencia de una entidad distinta a los socios que participan en la misma no es sino un puro formalismo, un velo que viste la operación para asegurar la producción de efectos hacia el exterior, para con terceros. Y es que la relación entre los socios público y privado no comienza con el nacimiento de la entidad o de la entrada del socio privado en una entidad pública preexistente, sino que se remonta a un momento anterior. El vínculo entre los socios nace de un acuerdo entre los mismos, una convención, un contrato, el contrato de sociedad, por así llamarlo, aunque no todas las entidades que canalicen la colaboración hayan de tomar la forma societaria siendo, no obstante, el modelo más generalizado. Se trata del contrato a través del cual se selección del socio privado. Y ese contrato es siempre anterior a la entidad que sirve para manifestar, insistimos, *ad extra*, la colaboración de ambos socios. Por eso podemos decir que, puesto que a la colaboración público privada institucional precede un contrato para seleccionar al socio privado, en realidad, también es un modelo de colaboración contractual.

II. LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA LCSP

1. Colaboración de tipo contractual

Al igual que sucede a escala europea, en España, el debate sobre las fórmulas de colaboración, asociación o cooperación entre los sectores público y privado no se ha situado alrededor de su conveniencia o no,

sino en torno a su adecuada formalización (PADRÓS I REIG, 2009, p. 253). La opción española se plasmó en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP), incorporando un nuevo tipo contractual al elenco clásico, en el que se incluyen los contratos de obras y concesión de obras públicas, suministros, servicios y gestión de servicios públicos. Nos referimos al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Es cierto que en la práctica ya se conocían manifestaciones de esta colaboración contractual, reconducidas a las categorías de contratos mixtos, administrativos especiales, o incluso privados, en función de la prestación en que el objeto del contrato consistiera. Dicha circunstancia llevó al Consejo de Ministros a «mandar» al Ministerio de Economía y Hacienda que, en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se debían transponer las nuevas Directivas en materia de contratación, se incluyese una regulación de los contratos de colaboración público privados (11). La «tipicidad social» de estas prácticas contractuales justificaba, según el Consejo de Estado, su incorporación a la LCSP (12). Se trataba de figuras *nominadas únicamente en la práctica* (Cfr. E.M. LCSP, apdo. IV.5), con difícil encaje entre los contratos típicos tradicionales, por lo que su incorporación a la LCSP les ha conferido ciertos visos de legalidad (DEL SAZ CORDERO, 2007, p. 337).

Atendiendo pues a ese mandato, la LCSP incluye en su art. 11 un nuevo contrato, el de colaboración entre el sector público y el sector privado, definido en los siguientes términos:

«1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración

(11) Cfr. Resolución de 1 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad (BOE núm. 79, de 2 de abril de 2005). El mandato cuadragésimo cuarto disponía lo siguiente:

«El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato».

(12) Cfr. Dictamen núm. 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado».

La incorporación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado a la LCSP se justificó por la necesidad de ofrecer cobertura legal específica para un determinado tipo de prácticas que no encajaban en el marco de las relaciones contractuales típicas ya reguladas. Ahora bien ¿había alguna razón para que ese nuevo marco jurídico se hubiese de materializar en una nueva figura contractual al margen de las ya existentes? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa (13). No había tal necesidad, en primer lugar, porque no lo exige el Derecho europeo de la contratación pública (al menos no todavía) que es quien establece las obligaciones *de minimis* en la materia, y después, porque en ningún momento se ha dudado de que las prácticas contractuales a las que se aludía como antecedentes para tipificar el nuevo contrato careciesen de fundamento o cobertura legal con arreglo a lo dispuesto en la normativa anterior (en otro caso hubieran resultado nulas de pleno derecho) (14).

En efecto, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos de obras, suministros y

(13) También han dudado de la necesidad de la nueva figura LÓPEZ-CONTRERAS y MESTRE DELGADO (2006, p.14-127), y más recientemente, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2009) y GIMENO FELIÚ (2010, p. 169)

(14) Así lo apunta COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2010), para quien el actual contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no es más que la cristalización de viejas fórmulas contractuales presentes desde antiguo en nuestro Ordenamiento jurídico.

servicios contiene en su art. 1 un cuadro de definiciones entre las que no encontramos la del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Por eso quizás hubiese sido conveniente esperar a que se aprobase una norma europea sobre el régimen jurídico de la colaboración público-privada antes de lanzarse a regular un contrato con unos perfiles todavía muy difusos (15).

Además, la inclusión de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en la LCSP genera innecesariamente un grave problema de coordinación de los tipos contractuales con el Derecho europeo. Un contrato, atendiendo a las prestaciones que conforman su objeto, puede calificarse como de colaboración entre el sector público y el sector privado con arreglo al art. 11 LCSP, pero dicha calificación sólo es válida a efectos de la LCSP, esto es, sólo es válida en el plano nacional. Pensemos por un momento en su publicación en el D.O.U.E., circunstancia a que obliga el art. 126.1, pfo. 2 LCSP, atendiendo a su caracterización por el art. 13.1 LCSP como contratos sujetos a regulación armonizada en todo caso (cuando sean celebrados por una Administración pública). Dichos contratos no pueden calificarse como de colaboración entre el sector público y el sector privado a efectos del Derecho europeo, por la sencilla razón de que no existen con tal denominación, y no podrán ser publicitados como tales al no estar contemplada dicha modalidad en el formulario de anuncio de licitación para el D.O.U.E. (16). Tal circunstancia obligará a reconducirlos hacia una de las categorías tradicionales: contratos de obras, concesiones de obras, suministros o servicios. De esta manera, nos encontraremos con contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado descritos en el ámbito europeo como contratos de obras, de concesiones de obras, de servicios y de suministros. La pregunta que surge a continuación es: si a efectos del Derecho europeo hay que calificar el contrato conforme

(15) De lo contrario, se corre el riesgo de que la regulación española resulte más restrictiva de lo que lo sean en el futuro las normas europeas sobre la materia (URÍA FERNÁNDEZ, 2006, p. 4). En el mismo sentido se pronuncia MIGUEZ MACHO (2008, p. 215) al señalar acertadamente que, con carácter general, no parece que lo más adecuado sean soluciones radicales como la adoptada por la LCSP, que incluye conceptos que no coinciden con los utilizados en el Ordenamiento jurídico europeo, y que, a la larga, pueden plantear problemas de compatibilidad con el mismo, una vez sean armonizados e incorporados a las Directivas sobre contratos públicos.

(16) Cfr. con el Reglamento (CE) núm. 1150/2009 de la COMISIÓN de 10 de noviembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1564/2005 en lo que respecta a los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con arreglo a las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE.

a alguna de las categorías tradicionales ¿qué sentido tiene entonces que a efectos del derecho interno lo califiquemos de forma diferente?

En relación con la configuración de este contrato en la LCSP pueden apuntarse algunos comentarios críticos. En primer lugar, al utilizar la expresión «colaboración entre el sector público y el sector privado» para individualizar una *especie* dentro del *género* «contratos del Sector público» parece sugerirse que el resto de especies del mismo género (los demás contratos) no son exponentes de dicha colaboración. Y nada más lejos de la realidad. La idea de colaboración aparece intrínseca en todo contrato en el que una parte sea una entidad del Sector público, y la otra un contratista privado (PEÑA OCHOA, 2008, p. 88). En efecto, si la Administración decide contratar un bien, servicio u obra con un particular, está solicitando de éste su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública (CARLÓN RUIZ, 2008, p. 655). En otras palabras, los contratos de la Administración representan una vieja manifestación de la forma de colaboración empresarial en el ejercicio de las funciones públicas (GONZÁLEZ VARAS, 2006, p. 34).

Desde un punto estrictamente formal, en cuanto a la sistemática utilizada por el legislador para regular los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, uno de los aspectos que llama la atención es la escasa atención que se presta al diseño de su régimen jurídico. En el plano cuantitativo, la LCSP tan sólo dedica siete (11, 118, 119, 120, 289, 290 y 296) de sus trescientos nueve artículos al establecimiento del régimen jurídico de este contrato, dejando aparte las referencias marginales que se hacen al mismo al regular otros aspectos (p. ej. en los arts. 13, 19, 29.1, 164.3 y D.F. Décima). A lo anterior debe añadirse la dispersión de esos preceptos que determinan el régimen jurídico del contrato, aunque esta no es una característica propia de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (17). Para una figura de nuevo cuño en

(17) En su Dictamen núm. 514/2006, de 25 de mayo de 2006 sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, el Consejo de Estado señala en cuanto a la estructura del anteproyecto que

«...el régimen de los contratos típicos se ha complicado notablemente. Para localizar el régimen completo de un contrato típico que se pretenda celebrar conforme a la ley..., la selección de las normas aplicables obliga a recorrer prácticamente todos los libros de la ley para encontrarlas».

Respecto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado señala el Consejo de Estado que la dispersión es aún mayor, pues se trata de contratos marcados por fuertes especialidades y para los que se dan reglas aún más específicas. Así, ... por ejemplo, encuentra la regla especial de adjudicación siempre por el procedimiento de diálogo competitivo, que marca

nuestro Derecho, resulta desafortunada una sistemática interna de la LCSP que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato, repartidos además en prácticamente todos los Libros en que aquella se divide. En este sentido, hubiera resultado más clara una estructuración interna de la Ley tal que este contrato encontrara todo su régimen jurídico agrupado, por ejemplo, en un Título específicamente dedicado a ello, dentro de un Libro dedicado al régimen completo —con sus especialidades— de cada uno de los contratos típicos.

Dejando aparte de las cuestiones de técnica normativa, el verdadero problema que presenta el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, tal y como ha sido configurado en la LCSP, es el de su distinción de otras figuras contractuales exponentes igualmente de esa colaboración. Desde un punto de vista formal el de colaboración entre el sector público y el sector privado se configura como un contrato autónomo del resto. Sin embargo, desde un punto de vista material u objetivo, la amplitud con que se concibe el contrato hace que, en ocasiones, resulte muy difícil o imposible diferenciarlo de algunos contratos típicos (18).

El alumbramiento de la nueva figura no ha dejado indiferente a la doctrina, y así, frente a la postura de autores que realizan un enorme esfuerzo intelectual por justificar la existencia de esta nueva figura, podemos encontrar algunas tesis muy críticas con la decisión, *rectius*, el resultado, de considerar el de colaboración entre el sector público y el sector privado como un tipo contractual autónomo. En lo que todos los autores parecen estar de acuerdo es que, en ocasiones, las opciones que ofrece la normativa sobre contratación pública pueden no ser suficientes para

intensamente toda su regulación; en su ejecución, funciona como un contrato mixto según la prestación principal; etc.

La dispersión normativa llevó a sugerir la conveniencia de un replanteamiento de la estructura del anteproyecto:

«Debería hacerse un esfuerzo por encontrar una sistemática de aquel que, dando respuesta a los objetivos pretendidos y expresados por el Departamento proponente, no diese lugar en cambio a los inconvenientes que presenta la estructura proyectada. Debe tenerse en cuenta, además, que la transposición de la Directiva 2004/18/CE y la introducción de los criterios subjetivos de aplicación del Derecho comunitario no conducen forzosamente a una estructuración de la ley tal y como la que pretende el anteproyecto».

(18) Puesto que las prestaciones propias de los contratos de obras, de concesión de obras públicas, de servicios y de gestión de servicios públicos, y de suministros pueden estar latentes en los contratos de colaboración público-privada, cabría pensar que con el contrato típico de nuevo cuño se ha pretendido reconducir a la unidad todas las figuras conocidas de colaboración entre el sector público y el sector privado (CARLÓN RUIZ, 2008, pp. 657-658).

articular la solución a ciertas necesidades públicas, particularmente las que alcanzan un elevado nivel de complejidad. Para hacer frente a las mismas, las fórmulas contractuales puras pueden no resultar idóneas, y resulta necesario plantear soluciones *ad hoc*. En lo que parecen divergir las distintas posturas es en el modo de articular ese «marco habilitante» para que el Sector público puedan encontrar esas soluciones especiales para cubrir sus necesidades especiales. Dicho en otras palabras, las diferencias residen en el *tipo de tela* a utilizar para hacer el traje a medida (19).

Quienes postulan la defensa del nuevo contrato justifican esa indeterminación *ex ante* del régimen jurídico del contrato aludiendo a la necesaria flexibilidad con la que debe poder actuar la Administración para hacer frente a necesidades para cuya satisfacción es necesario articular una prestación particularmente compleja, y para la que las soluciones predefinidas en el Ordenamiento Jurídico son insuficientes. A la vista de ello, el Sector público debe poder actuar con flexibilidad para configurar el objeto y el régimen de ese particular contrato, y esa flexibilidad con que puede configurarse quedaría en agua de borrajas si el contrato está absolutamente estructurado en la legislación (GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p.21). Al final, resulta pues que la indeterminación del objeto y el régimen jurídico del contrato es, en realidad, una ventaja.

Por eso se ha dicho que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado ofrecen una gran versatilidad para actuar (BRUNETE DE LA LLAVE, 2009, p. 528), son «modelos para armar» (GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p.22) (20). Para armar cada concreto contrato, la entidad contratante y el contratista recogen elementos aislados del Ordenamiento jurídico, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura. Aún se ha dicho más. La parquedad con que la LCSP regula el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado debe entenderse como «una oferta al operador» (GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p.21). Una oferta que no debe entenderse como «de contratación» sino de «diálogo», sujeta a

(19) Para DEL SAZ CORDERO (2007, p.339), cada Administración pública puede elegir, caso por caso, un régimen jurídico a la carta para cada uno de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebre. De no ser así —concluye dicha autora— el contrato estrella de la LCSP habría perdido toda su utilidad incluso antes de nacer.

(20) También ha sido comparado con un «mecano» (SERRANO NUÑEZ, 2007, p. 7, BRUNETE DE LA LLAVE, 2009, p. 42.).

la posterior aceptación una vez conocidas las «condiciones particulares de la contratación» como consecuencia de la determinación de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación.

Junto a los defensores del nuevo contrato pueden encontrarse pronunciamientos doctrinales que, a pesar de la literalidad de la LCSP, sostienen que el de colaboración entre el sector público y el sector privado no es, propiamente hablando, ningún tipo de contrato nuevo. Para unos, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado constituye en realidad una «técnica contractual» que permite a la Administración acordar con el sector privado la consecución de cualquiera de los objetos propios de los demás contratos cuando existan razones justificadas para ello, entendiendo por tales las que enumera el art. 118 LCSP (JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, p. 299). De ese modo, lo que la Ley viene a hacer es ampliar la colaboración público-privada llevándola desde el ámbito de las obras o la gestión de servicios públicos —lo que ya estaba presente en la Ley anterior—, a todos los contratos posibles.

Los hay todavía más críticos con la tipificación del nuevo contrato, al calificarlo como un mero «envoltorio», dentro del cual pueden aparecer contratos de gestión de servicios públicos, concesiones de obra o contratos de suministro. Lo que ha hecho el legislador con esta figura es complicar innecesariamente las cosas puesto que, en realidad, no existe un contrato de colaboración público-privada diferente de los restantes tipos contractuales (VILLAR EZCURRRA, 2008, p.65). En el mismo sentido, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2009) ha concluido que los argumentos en favor de considerar al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado exclusivamente como un contrato administrativo típico son más bien pocos, mejor dicho, uno, simplemente el hecho de que la propia LCSP lo considera como tal en su art. 19.1, letra a).

En definitiva, la LCSP incorpora una figura contractual que no encuentra todavía asidero en las Directivas europeas sobre la materia, habida cuenta de la indefinición de sus contornos. A las críticas desde el punto de vista sistemático debe añadirse la confusión que genera la imposibilidad de determinar objetivamente una prestación que identifique al contrato, circunstancia que plantea problemas para deslindar dicha figura del resto de contratos típicos regulados por la LCSP (21). Esa es precisamente la

(21) Entre las causas de la dispersión de las formulas de colaboración público-privada se encuentra la circunstancia de que el legislador comunitario ha armonizado la contratación pública,

razón para dudar de la oportunidad de que el de colaboración entre el sector público y el sector privado pueda ser considerado como un verdadero contrato típico, tal y como ha puesto de relieve la doctrina: del «modelo para armar» a la «teoría del envoltorio», pasando por la «técnica contractual». En definitiva, cualquier cosa menos un contrato típico.

2. Las escasas previsiones sobre colaboración de tipo institucional. Primer análisis de la regulación proyectada

Como vimos *ut supra*, la colaboración público-privada puede ser de tipo contractual o de tipo institucional. Sin embargo, en la LCSP tan sólo aparece tipificada y regulada una de esas dos vertientes de la colaboración público-privada, la de tipo contractual. Así lo pone de manifiesto la literalidad del art. 11 LCSP, que aparte de en su rúbrica (*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*), incide en el carácter contractual —*stricto sensu*— de la relación que une a las partes al definir materialmente el objeto del contrato (22).

Las prescripciones que incorpora la LCSP para disciplinar el régimen jurídico de la colaboración público-privada no se proyectan, en cambio, sobre las fórmulas de colaboración público-privada institucional que en la misma pueden encontrarse. Especialmente llamativo resulta el caso de las sociedades de economía mixta, previstas como fórmula de gestión indirecta de los servicios públicos (Cfr. art. 253.d). La regulación de esta modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, que puede calificarse como prototípica de la colaboración público-privada institucional, aparece colmada de lagunas, significativamente, las cuestiones relativas a la selección del socio privado (procedimiento, información del proyecto, criterios de selección y adjudicación admitidos, elementos específicos de los estatutos, pacto entre accionistas) y a la fase de ejecución de la colaboración.

Asimismo, y siguiendo con la falta de complitud de la regulación de la colaboración público-privada contenida en la LCSP, se echa de

pero no la maraña de las concesiones ni la de los servicios públicos, por lo que, al estar latentes estas categorías en no pocas fórmulas de colaboración público-privada, la orfandad normativa que las rodea no responde al azar, Cfr. apdo. 61 Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso RUIZ JARABO COLOMER, presentadas el 2 de junio de 2009 (As. C-196/08, *Acosef SpA*).

(22) Según indica el art. 11 LCSP, «Son 'contratos' de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos...».

menos una habilitación general expresa y una regulación de los llamados «contratos de sociedad» a celebrar fuera del supuesto de la gestión de servicios públicos (23). La elasticidad del concepto de servicio público (y por tanto de la utilización de sus formas de gestión características) tiene unos límites, y no resulta posible reconducir al mismo todos los supuestos en los que pueda resultar útil (en el sentido de «más eficiente»), la creación de una sociedad con capital mixto (público y privado) para abordar una determinada actuación material.

En este sentido, podemos afirmar que falta en la LCSP la regulación de una de las vertientes de la colaboración público-privada que, habida cuenta de la frecuencia con la que se recurre a la misma (en el marco de la gestión de un servicio público, o fuera de ella) precisa de una urgente incorporación a la LCSP. A esa necesidad parece obedecer la introducción de una nueva Disposición Adicional (la trigésimo cuarta) en la LCSP, dedicada al régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, con ocasión del Proyecto de Ley de Economía Sostenible (Cfr. Disposición Adicional Décimo octava, apartado treinta y cuatro) (24):

«Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/1992 (25), de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

En los pliegos que deban regir el procedimiento de selección del socio privado habrán de recogerse todos los elementos definitorios de la relación entre éste y la entidad adjudicadora, así como los relativos a la relación contractual entre la entidad adjudicadora y la sociedad de capital mixto, y, en particular, el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la sociedad, así como los estatutos de ésta y los pactos de accionista que, en

(23) Sí que encontramos dicha modalidad contractual en otros Ordenamientos, por ejemplo, en el Código dos Contratos Públicos portugués (Cfr. art. 16.2.f).

(24) Con respecto a lo previsto en el Anteproyecto, se han añadido la posibilidad de adjudicar no sólo contratos sino también concesiones a las sociedades de economía mixta en las que concurra capital público y privado.

(25) Aquí existe una errata, pues la norma a la que se refiere es la Ley 30/2007, de contratos del Sector público.

su caso, deban suscribirse. Igualmente deberán expresarse con claridad y precisión las posibilidades de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta».

En relación con esta Disposición Adicional proyectada para la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional, entendemos que se vuelve a utilizar una técnica normativa deficiente. En primer lugar, no parece adecuado que, habida cuenta de la importancia (no menor) del tema, su regulación se remita a una única Disposición Adicional, y no se integre en el articulado de la norma. Debe señalarse, además, que ninguna remisión a dicha disposición se ha proyectado incluir en ninguno de los preceptos que se plantea modificar el mismo Proyecto de Ley de Economía Sostenible, algunos de los cuales se refieren expresamente al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, por lo que la localización de dicha Disposición se antoja muy difícil. A nuestro juicio, la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional requeriría la inclusión en la LCSP de varios preceptos específicos en los que se abordasen los criterios que han de seguirse para constituir una entidad que canalice la colaboración entre el socio público y el socio privado, así como la relación de dicha entidad con terceros. Entendemos que, con la técnica proyectada, lo único que se consigue es fragmentar todavía más si cabe el régimen jurídico de la colaboración entre el sector público y el sector privado.

En segundo lugar, la proyectada Disposición Adicional Trigésimo cuarta tiene un ámbito objetivo muy reducido, que no agota todas las posibilidades que ofrece la colaboración entre el sector público y el sector privado de tipo institucional, con lo cual sólo de manera parcial (de nuevo) se aborda la regulación de este fenómeno. El precepto se refiere única y exclusivamente a la colaboración entre el sector público y el sector privado en el seno de una sociedad de economía mixta, sin contemplar otras fórmulas institucionales que podrían servir igualmente para vehicular la colaboración de ambos sectores, como podrían ser todas las fórmulas asociativas sin carácter mercantil, las fundaciones o los consorcios. Es cierto que la *Comunicación interpretativa de la COMISIÓN relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPi)* de 12 de abril de 2008, texto de referencia sobre la materia, utiliza en ocasiones el término

«empresa pública» para referirse a la entidad institucional encargada de gestionar la colaboración entre el sector público y el sector privado, pero no es menos cierto que en otras ocasiones, la Comunicación se refiere de un modo más genérico a «entidades de capital mixto», concepto que, entendemos, no queda restringido únicamente a las formas mercantiles.

En tercer lugar, entendemos que la amplitud de su redacción, sin ningún aviso o advertencia sobre el alcance de alguna de las prescripciones en él contenidas, puede ser una fuente de futuros conflictos. Particular cautela ha de tenerse en relación con la posibilidad de *prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta*, admitida con carácter general, sujetándola a la condición de que se exprese con claridad y precisión en el Pliego (26). Como luego se explicará, estas posibilidades de prórroga o modificación deben sujetarse a lo dispuesto en general para la modificación de contratos públicos, advirtiéndose que las condiciones exigibles para su admisión son mucho más estrictas que la mera previsión en el Pliego, único requisito citado por la proyectada Disposición Adicional.

Por último, el precepto proyectado regula la selección del socio privado que constituirá con el socio público la sociedad de capital mixto, pero ninguna referencia se contiene a las relaciones de dicha sociedad con terceros, en particular, a las relaciones contractuales que dicha sociedad haya de entablar con terceros. Entendemos que el régimen jurídico aplicable a los contratos que hayan de celebrar las sociedades de economía mixta a las que se refiere el precepto proyectado se ajustará bien a la LCSP, en la medida en que algunas de sus disposiciones le resulten de aplicación, en su caso, por tener la consideración de entidad del sector público, o incluso de poder adjudicador, bien al Derecho privado.

(26) En el Anteproyecto se recogía también la obligación de indicar *el régimen de encomienda eventual de nuevas tareas en el marco del contrato previamente adjudicado, detallando aquéllas y las condiciones en que tal encomienda podrá producirse*, pero dicha prescripción ha sido eliminada.

III. MARCO JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONAL. SU CONEXIÓN CON EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONCESIONES

La colaboración público-privada institucional debe entenderse como una operación de cooperación entre socios del sector público y del sector privado en el marco de una entidad diferenciada para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad, a menudo prestaciones típicamente contractuales, y esto es un dato importantísimo, pues la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una operación de colaboración público privada institucional (27).

El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no justifica que la entidad pública prescindiera de las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en el encargo cuando la finalidad de esa colaboración es la ejecución de una prestación que puede ser calificada como contrato público o como concesión. El Tribunal de Justicia, construyendo su doctrina sobre los encargos *in house*, señaló en su Sentencia de 11 de enero de 2005

(27) Las operaciones de colaboración institucionalizada deben distinguirse de las operaciones de mera aportación de fondos a entidades. Ambos tipos de operaciones pueden tener en común el resultado de que los fondos que integran el patrimonio de una entidad se repartan entre entidades distintas. En efecto, así sucede tanto en el supuesto de creación de una entidad *ex novo* para articular la colaboración entre los socios público y privado, como en el de operaciones de toma de control por el socio privado de una entidad pública. Sin embargo, a diferencia de las operaciones de mera aportación de fondos, en las de colaboración institucional encontramos junto a esa participación en los fondos de la entidad a través de la cual se articula la colaboración de los socios público y privado la encomienda a dicha entidad de «misiones» (que no se dan en los supuestos de «mera aportación de fondos»), como puede ser la ejecución de alguna obra o la prestación de algún servicio, que pueden calificarse como contratos públicos o, incluso, de concesiones. Dicha circunstancia inspira el diferente régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de operaciones, pues si en la celebración de operaciones de colaboración institucional se debe respetar, cuando menos, los principios generales de la contratación pública, el Derecho de contratos públicos y concesiones no está previsto para ser aplicado a las operaciones que representen meros aportes de fondos de un proveedor de fondos a una empresa, independientemente de que ésta tenga carácter público o privado. Dichas operaciones entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, lo que implica, entre otras cosas, que las medidas nacionales que las regulan no deben constituir obstáculos a las inversiones procedentes de otros Estados miembros.

(As. C-26/03, *Stadt Halle*) que la participación (aun minoritaria) de una empresa privada en el capital de una empresa en la que también participa la entidad adjudicadora en cuestión excluye, en cualquier caso, la posibilidad de una relación «interna» (*in-house*) entre dicha entidad adjudicadora y dicha empresa (28), a la que no se aplica la legislación sobre contratos públicos (29). En el caso de que una entidad pública cree o participe en una entidad jurídico-privada con particulares cuyo objeto se adecue al contenido de un encargo que dicha entidad pública desea realizar indirectamente, ésta no puede encomendárselo sin más directamente. A lo sumo, la entidad mixta podrá presentar su oferta como licitadora en el procedimiento concurrencial que se convoque (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2006, p. 17).

La necesidad, por tanto, de aplicar el derecho de contratos públicos y concesiones a la constitución de entidades mixtas para articular la colaboración entre el sector público y el sector privado, requiere realizar algunas precisiones en relación con el sistema de licitación a utilizar, el procedimiento de adjudicación, los elementos específicos del contrato relativos a la selección del socio privado, las condiciones de ejecución de la colaboración y la posibilidad de su modificación, así como la relación de la entidad mixta con terceros.

(28) Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta. En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

(29) Los encargos *in house*, o encargos a medios propios son una técnica que encuentra su fundamento en el principio de autoorganización administrativa, que consiste en la encomienda directa de una prestación típicamente contractual a una entidad formalmente distinta (con personalidad jurídica propia, incluso de derecho privado) a la Administración, pero que materialmente no es autónoma, por existir sobre las misma un control de la Administración análogo al que la misma Administración ostenta sobre sus propios servicios y un vínculo de destino de la actividad de dichas entidades, mayoritariamente a favor de la Administración que lo controla. La relación entre la Administración y su medios propio no se canaliza a través del contrato, debido a la inexistencia de dos voluntades autónomas, en definitiva, de dos partes, por la existencia del referido «control» que una ejerce sobre la otra. Sobre dicha técnica y la interpretación del requisito del control análogo y el vínculo de destino de la actividad puede verse AMOEDO SOUTO (2004 y 2006), GIMENO FELIÚ (2005.b), SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ (2008), PERNAS GARCÍA (2008). MONTOYA MARÍN (2009), PASCUAL GARCÍA (2010) y BERNAL BLAY (2006 y 2008.a y .b).

1. ¿Única o doble licitación?

El Derecho europeo en materia de contratos públicos y concesiones no contempla la operación que consiste en crear una entidad de capital mixto ni aquella otra consistente en abrir al sector privado la participación en una entidad pública preexistente. Contrasta esta ausencia con la expresa previsión en la LCSP de la sociedad de economía mixta, «en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas» como modalidad de gestión de los servicios públicos (Cfr. Art. 253.d), si bien el silencio que guarda la LCSP en cuanto el modo en que ha de articularse dicha forma de gestión parece igualar, en el plano de sus efectos, la omisión europea y la previsión nacional (30).

La primera de las cuestiones que se plantea en relación con la realización del encargo a la entidad mixta, cualquiera que sea la modalidad de colaboración institucional elegida (creación de entidad ad hoc o apertura de una entidad pública preexistente a la participación del sector privado) es el modo de articularlo. Una primera opción, conocida como «doble licitación» pasa por convocar un primer procedimiento para la selección del socio, para luego convocar otro procedimiento de cara a la adjudicación del contrato. A este segundo procedimiento concurriría la entidad mixta, junto con el resto de operadores económicos interesados. Por el contrario, una segunda opción, pasaría por la convocatoria de una «única licitación», pero con un doble objeto: la selección del socio privado para formar parte de la entidad mixta (prestación subjetiva), de una parte, y de otra, la adjudicación del contrato (prestación objetiva) a esa entidad participada por el socio público y el socio privado, trámites que concurrirían, simultáneamente, en una misma resolución de adjudicación. De esta manera, la elección del adjudicatario o del concesionario se convierte en un método para concretar el socio privado que asume el contrato o la concesión.

La *opinio* de las distintas Instituciones europeas es unánime en el sentido de apostar por la licitación única. El Parlamento opina que cuando

(30) Tan solo el art. 182 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas profundiza en esta forma de gestión de los servicios públicos, señalando que «la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos».

la primera licitación para la constitución de una entidad mixta es precisa y exhaustiva no es necesaria otra licitación (31). La Comisión, por su parte, entiende que una doble licitación (la primera para la selección del socio privado, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica, y ello porque, de apostar por un sistema de doble licitación, puede resultar que la entidad mixta resultante del primer procedimiento no resulte adjudicataria del segundo contrato (32). Por ese motivo la Comisión propone directamente que el socio privado sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto sea el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. Es decir, que la selección del socio privado va acompañada de la creación de la entidad mixta y la adjudicación del contrato público o la concesión a dicha entidad, o si el método para instrumentar la colaboración institucional es la participación de un socio privado en una entidad pública existente, el objeto del procedimiento de selección del socio privado puede ser confiar la ejecución de contratos públicos o concesiones que hasta entonces habían sido ejecutados internamente por la entidad pública.

Además, el procedimiento de licitación única ha sido admitido incluso por Tribunal de Justicia. En su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (As. C-196/08, *Acoset SpA*), el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la licitación convocada para la selección del socio privado minoritario de una sociedad de economía mixta que habría de resultar adjudicataria directa del servicio integrado de aguas («servizio idrico integrato») en la provincia de Ragusa (Sicilia, Italia). Para el Tribunal de Justicia:

«56 Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competi-

(31) *Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (Documento 2006/2043 (INI) de 26 de octubre de 2006), antes citada, apdo. 40.

(32) *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada* (CPPI), antes citada, p. 3.

dores (Sentencia de 11 de Enero de 2005, As. C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y Sentencia de 10 de noviembre de 2005, As. C-29/04, Comisión/Austria, apartado 48).

58 ...recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas —como la que se discute en el litigio principal—, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos.

59 Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias recordadas en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

60 En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario.

61 En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas —como la que se examina en el litigio principal— a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

63 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras —como el que se examina en el litigio principal— a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los

requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones».

Por tanto, en los supuestos de colaboración público-privada institucionalizada, resulta admisible el atajo metodológico consistente en reconducir a un solo acto la selección del socio privado, la creación de la institución que canaliza la colaboración entre el sector público y el sector privado, y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.

2. Procedimiento de adjudicación del contrato.

Con independencia del modo en que el socio entre en la entidad mixta, la normativa sobre contratos públicos y concesiones exige de la entidad contratante el respeto de un mínimo en la forma en que dicha entidad resulte adjudicataria de una prestación típicamente contractual o concesional, que pasa por la utilización de un procedimiento equitativo y transparente. A la luz del principio de transparencia y de la prohibición de la discriminación, resulta necesario que el Derecho de contratos públicos y concesiones se aplique tanto a la creación de nuevas entidades que canalicen la colaboración entre un socio público y otro privado, así como al traspaso de participaciones en una entidad pública a un socio privado, en la medida en que esas nuevas creaciones o traspasos estén relacionados objetiva y cronológicamente con la adjudicación de un contrato público.

El procedimiento a utilizar viene determinado por la prestación objetiva que haya de constituir el encargo posterior a la constitución de la entidad mixta. Puede afirmarse, por tanto, la existencia de una *vis atractiva* del procedimiento aplicable a la adjudicación del contrato (prestación objetiva) sobre el procedimiento que sería aplicable para la selección del socio privado (prestación subjetiva).

La LCSP, aplicable cuando la prestación cuyo desarrollo se haya de encargar por una Administración pública a la entidad mixta sea la ejecución de un contrato público obras, de suministro o de servicios, y de gestión de servicios públicos, o una concesión de obras públicas, dispone la posibili-

dad de utilizar una serie de procedimientos (33). Con carácter ordinario, bien el procedimiento abierto, bien el restringido. El negociado sólo podrá utilizarse en los supuestos expresamente contemplados para ello (Cfr. arts. 154, supuestos generales, 155, contratos de obras, 156, gestión de servicios públicos, 157, suministros, 158, servicios, y 159, otros contratos). Junto a ellos, también podrá utilizarse el diálogo competitivo, procedimiento especialmente adecuado por combinar tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato (34). En cualquier caso, las entidades adjudicadoras no pueden recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.

La licitación, cuando la entidad contratante sea una Administración pública a efectos de la LCSP, deberá ser convocada oportunamente, mediante la inserción de un anuncio en el Boletín Oficial correspondiente y en el perfil de contratante de la entidad. Además, si el contrato tiene la condición de «sujeto a regulación armonizada» (35), resultará preceptivo la publicación del anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, siendo facultativa la publicación en este Diario en otro caso.

3. Elementos específicos del contrato relativos a la selección del socio privado

Junto con la descripción de las prestaciones que hayan de ser objeto de encargo a la entidad mixta es necesario también que las condiciones de selección del socio estén claramente establecidas en el momento de anunciar la licitación del contrato o de la concesión. Estas condiciones no deben comportar discriminación ni constituir un obstáculo injustificado

(33) Cuando la entidad adjudicadora no tenga la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP (art. 3.2 LCSP), los procedimientos a utilizar coincidirán con los señalados en la LCSP cuando se trate de un poder adjudicador y el contrato a adjudicar tenga la consideración de «sujeto a regulación armonizada» (arts. 13 a 17 LCSP). Si el contrato a adjudicar por ese mismo poder adjudicador no está sujeto a regulación armonizada, o si se trata de una entidad del sector público que no tiene a consideración de poder adjudicador, los procedimientos a utilizar vendrán consignados en sus Instrucciones internas de contratación (Cfr. arts. 175 y 176 LCSP).

(34) Sobre dicho procedimiento Vid. la nota explicativa publicada por la Comisión el 5 de octubre de 2005, accesible desde http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/explan-notes_en.htm

(35) Sobre este concepto Vid. MORENO MOLINA (2009)

a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, ni implicar obligaciones desproporcionadas en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

En su momento, la Comisión constató la existencia de algunas prácticas censurables en relación con la implementación de operaciones de colaboración público-privada institucional. Por ejemplo, en determinados Estados Miembros, la legislación nacional permitía que las entidades mixtas, en las que el organismo público participante era el ente adjudicador, concudiesen a un procedimiento de adjudicación de contrato público o de concesión incluso cuando dichas entidades se encontraban todavía en fase de constitución. En tal caso, la entidad no se constituía definitivamente hasta que se le hubiese adjudicado de manera efectiva el contrato o la concesión. Tal circunstancia podía suponer un falseamiento de la competencia entre operadores económicos, por la privilegiada posición que ocupaba la sociedad en fase de constitución y, por consiguiente, el socio privado que participa en ella. En otros Estados miembros, se observó que en el marco de los procedimientos puestos en marcha para la creación de entidades mixtas a las que adjudicar luego determinadas tareas, no se definían con claridad y precisión cuáles serían esas tareas.

El Tribunal de Justicia ha señalado que los principios de igualdad de trato y no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, a favor de cualquier licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia (Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *As. C-324/98, Teleustria*, apdo. 49). En el marco de una operación de colaboración institucional entre el sector público y el sector privado esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes:

- el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse,
- los estatutos de dicha entidad,
- el pacto entre accionistas, y
- todos los demás elementos por los que haya de regirse, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.

Además, debería informarse a los interesados sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar, así como de las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada, indicando las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar de la forma más detallada posible, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones.

La determinación *a priori* de todas estas condiciones puede resultar muy complicado, por eso algunos de esos extremos pueden ser concretados durante el procedimiento de adjudicación, cuando se utilice el procedimiento de diálogo competitivo, o el negociado, si concurre alguno de los supuestos para ello.

4. Las condiciones de ejecución de la colaboración y la posibilidad de su modificación.

Interesa abordar ahora, siendo un elemento igualmente importante, la ejecución de la colaboración, una vez constituida la entidad mixta y adjudicado a ella el contrato o la concesión. En principio, las condiciones de ejecución han de ser las mismas que se acordaron en el momento de la licitación del contrato, sin que sea posible encomendar a la entidad mixta la realización de nuevas prestaciones no previstas inicialmente en el momento de su creación y adjudicación del contrato o concesión. Ahora bien, las operaciones de colaboración público-privada suelen caracterizarse por plantear un desarrollo a largo plazo, circunstancia que hace conveniente prever la posibilidad de su adaptación ante determinados cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones, siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Por lo tanto, constituirían sendas excepciones a la regla general de invariabilidad de las condiciones de ejecución los supuestos en que la entidad mixta resultara adjudicataria de otro procedimiento de licitación convocado, o que el nuevo encargo traiga causa de una modificación del contrato inicial.

En cuanto al primer supuesto, el de que la entidad mixta resulte adjudicataria de un nuevo contrato o concesión, debe advertirse que para ello han de observarse las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones (igual que para la adjudicación del contrato inicial). Será

necesario por tanto un procedimiento con la publicidad y oportunidades de concurrencia que resulten necesarias en función del contrato de que se trate. Es decir, las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional deben conservar su campo de actividad inicial, y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho de contratos públicos y concesiones.

Por lo tanto, sólo si la entidad mixta concurre y resulta adjudicataria de un nuevo procedimiento de adjudicación será posible ampliar el elenco de prestaciones asignadas en un principio. Ahora bien, como acertadamente señala el considerando 4 de la Directiva 2004/18/CE, en el seno de ese nuevo procedimiento de licitación deberá velarse por que la participación en el mismo de la entidad mixta (que probablemente tenga la condición de «poder adjudicador» a efectos de la Directiva y también de la LCSP) no distorsione la competencia con respecto a licitadores privados. En este sentido, deben tomarse medidas de salvaguardia específicas para garantizar la separación estricta de las personas que preparan la licitación y deciden sobre la adjudicación de la misión dentro de la entidad adjudicadora, por una parte, y las que se ocupan de la gestión de la entidad mixta en la que participa el socio privado, por otra, y para impedir cualquier transmisión de información confidencial de la entidad adjudicadora a la entidad de capital mixto.

La segunda posibilidad de ampliar las prestaciones encomendadas en un primer momento es la modificación del contrato o la concesión. Ahora bien, también esta vía está sujeta a que se respeten las disposiciones sobre modificación de los contratos públicos o las concesiones contenidas en la normativa sobre la materia.

La LCSP regula el régimen general de modificación de los contratos en su art. 202 (luego existen otros preceptos que abordan la modificación singular de cada contrato: art. 217, para el contrato de obras, 233 y 241, para la concesión de obras, 258 para el contrato de gestión de servicios públicos, 272, para el contrato de suministro y 282 para el de servicios), aunque el Proyecto de Ley de Economía Sostenible prevé su modificación, reduciendo los supuestos en que la modificación será posible a una serie de supuestos muy tasados (36).

(36) Sobre las deficiencias del actual régimen de modificación de los contratos públicos Vid. VÁZQUEZ MATILLA (2009). Un análisis del nuevo régimen de modificación puede verse en GIMENO FELIÚ, J.M.: «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas

Con carácter general, la modificación de los contratos queda sujeta al cumplimiento de unos requisitos de fondo, y otro de forma. Los requisitos de fondo son la concurrencia de causas de interés público y que con la modificación se pretenda atender a circunstancias imprevistas (37), extremos que habrán de justificarse oportunamente en el expediente de modificación (art. 202).

Junto a ellos se exige también, como requisito formal, que la posibilidad de modificación se encuentre prevista en el Pliego, donde deberán señalarse las condiciones en que podrá realizarse la modificación [art. 202.2 LCSP (38)]. Como antes veíamos, tanto la posibilidad como las condiciones necesarias para modificar el encargo inicial son aspectos sobre los que deben ser informados los operadores económicos interesados en participar, junto con el socio público, en la entidad mixta que ha de resultar adjudicataria del contrato o la concesión. Precisamente la Comisión, en su Comunicación de 2008 señalaba que:

«...el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y

de cambio», de próxima publicación en la Revista Española de Derecho Administrativo, y en esta misma REVISTA, el artículo de VÁZQUEZ MATILLA, «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», pp. 317-351.

(37) En su Informe 5/10, de 23 de julio de 2010, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que, para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista, deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte, que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato.

(38) Sobre dicho requisito insiste la proyectada regulación del régimen de la modificación de los contratos en el Proyecto de Ley de Economía sostenible. La Disposición Adicional Décimo octava, en su apartado 7, recoge la introducción de un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP, relativo a la modificación de los contratos, en el que se incluye el art. 92 bis, cuyo apartado 1 dispone que

«... Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes...»

las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz.

Así, cuando la entidad adjudicadora desee, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación puedan ser ajustadas o modificadas tras la elección del adjudicatario, el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones habrán de prever expresamente esa posibilidad de adaptación, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta.

Sobre el grado de detalle con que el anuncio y el pliego de condiciones han de describir las posibilidades y condiciones de modificación del contrato o la concesión ejecutadas en el marco de una colaboración público privada institucional, debe llamarse la atención sobre la insuficiencia de las previsiones contenidas al respecto en la Disposición Adicional Trigésimo cuarta que se prevé introducir en la LCSP con ocasión del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. La amplitud de su redacción, admitiendo con carácter general la posibilidad de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta, puede ser una fuente de futuros conflictos, ya que el único requisito exigible a tenor de la misma, a saber, que se exprese con claridad y precisión, no se ajusta a las nuevas reglas para la modificación de los contratos públicos que prevé incorporar a la LCSP el propio Proyecto de Ley. En este sentido, el art. 92ter que pretende introducirse en la LCSP con ocasión del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, contiene una serie de exigencias para admitir las modificaciones del contrato previstas en la documentación que rige la licitación:

«Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los

licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas».

Cualquier modificación de los términos del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exigirá un nuevo procedimiento de licitación aunque, por supuesto, la entidad de capital mixto es libre, como cualquier operador económico, de participar en esa nueva licitación.

Un particular caso de modificación es el de sustitución del socio privado. En determinadas operaciones, las instituciones financieras que coparticipan junto a otros empresarios en la constitución de una entidad que gestione la colaboración de los mismos con el sector público, se reservan el derecho de actuar en lugar del gestor del proyecto o de designar un nuevo gestor cuando los flujos financieros que genera el proyecto descienden por debajo de un determinado nivel. La aplicación de estas cláusulas, que pertenecen a la categoría de las llamadas de *step-in* (39), puede dar lugar al cambio del socio privado del organismo adjudicador sin convocatoria de concurso (40). Conviene no obstante, atendiendo a la duración característica de estas fórmulas de colaboración público-privada de tipo institucional, formular los estatutos de manera que permitan un cambio posterior de socio privado sin alterar las condiciones de ejecución de la colaboración.

El límite para la modificación de los contratos o las concesiones se encontraría en el carácter esencial de las mismas (Cfr. art. 202.1 LCSP), tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (As. C-196/08, *Acoset SpA*), antes citada:

(39) Un ejemplo de tal posibilidad lo encontramos en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuyo art. 101.4. dispone que

«Los acreedores hipotecarios serán notificados de la apertura de los expedientes que se sigan para extinguir la concesión por incumplimiento de sus cláusulas y condiciones ... para que puedan comparecer en defensa de sus derechos y, en su caso, propongan un tercero que pueda sustituir al concesionario que viniera incumpliendo las cláusulas de la concesión».

(40) La posibilidad de sustituir al contratista ha sido admitida por el TJCE en su Sentencia de 19 de junio de 2008, al considerar que no se trata de una condición esencial, siempre que se trate de un supuesto de reorganización interna de la parte contratante (Cfr. apdo. 45 de la Sentencia). En este sentido,

«...el término adjudicar, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales (Cfr. apdo. 54 de la Sentencia)».

«62 Es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación».

En consecuencia, la modificación del contrato no podrá versar sobre los aspectos esenciales del contrato, ni siquiera aunque se prevea tal posibilidad anunciándolo en el Pliego. En otro caso se afectaría a lo dispuesto en el art. 74.1 LCSP, que exige que el objeto de los contratos públicos deba ser determinado, y para su variación sería necesaria una nueva adjudicación.

Sobre cuándo debe considerarse que las modificaciones de un contrato tienen carácter sustancial, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 29 de abril de 2004, (As. C-496/99 P, *Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA*) concluye que un término es esencial cuando se trata de una estipulación que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta. En su posterior de 19 de junio de 2008 (As. C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*), se insiste en esta idea, profundizando aún más en el concepto de modificación sustancial en los siguientes términos:

«34 Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).

35 La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

36 Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los con-

tratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

37 Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

En otras palabras, la modificación de condiciones esenciales de un contrato no puede hacerse sino a través de una nueva adjudicación (41).

5. Las relaciones de la entidad mixta con terceros.

Una última cuestión a considerar es la relativa a las relaciones de la entidad de capital mixto encargada de realizar la prestación típicamente contractual con terceros. Sucede con frecuencia que la entidad a la que se le encomienda la ejecución del contrato no dispone de medios, o aquellos de los que dispone resultan insuficientes para llevar a buen fin el encargo, de modo que tiene que contratar con terceros la realización parcial (o a veces incluso total) de la prestación.

Pues bien, en los casos en que la entidad de capital mixto deba contratar con terceros la realización parcial de toda la prestación, el debate trasciende del relativo a las normas aplicables a dicho contrato para centrarse en los motivos que llevan a la entidad adjudicadora a encargar la realización de la prestación a una entidad de capital mixto para que sea ésta, y no aquella, quien licite posteriormente el contrato, habida cuenta de la insuficiencia de medios para llevarlo a cabo personalmente. Las consecuencias de operar de este modo son la alteración del régimen jurídico del contrato, pues si el contrato licitado por una Administración pública tiene carácter administrativo, y su adjudicación se encuentra sometida a la LCSP en su integridad, los contratos celebrados por una entidad de capital mixto normalmente lo serán de carácter privado, y su adjudicación, como ahora se verá, no está sujeta en todo caso a la LCSP, sino que, en función del tipo y la cuantía del contrato, lo estará solo a los principios generales de la contratación pública. En cualquier caso, tal y como se

(41) En este sentido, Vid. Informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa del Gobierno de Aragón núm. 3/2009, de 15 de abril.

ha señalado en alguna ocasión respecto de las relaciones *in house*, para articular la colaboración entre un socio público y un socio privado en el marco de una entidad de capital mixto habrá que tomar en consideración la idoneidad de dicha entidad para ejecutar la tarea encomendada, y en tal sentido debe disponer del personal y los medios materiales y técnicos necesarios (42).

Especial importancia reviste la aplicación de la LCSP a las relaciones de la entidad de capital mixto con terceros, cuando se trate de contratar la realización parcial de determinadas prestaciones. En tales casos, la entidad mixta está obligada a respetar la normativa aplicable en materia de contratación pública y concesiones a la hora de asignar al socio privado tareas que no hayan formado parte del procedimiento seguido por la entidad contratante para la selección del socio privado. Es decir, que el socio privado no puede aprovechar su posición privilegiada en la entidad mixta para reservarse determinadas tareas sin convocatoria de procedimiento previo.

Cuando la entidad de capital mixto haya de contratar con terceros la realización parcial de alguna de las prestaciones que integran el objeto del contrato para cuya ejecución se constituyó dicha entidad, habrá que estar al carácter de dicha entidad, a efectos de la LCSP, para determinar qué normas le resultarán de aplicación.

Si la entidad tiene la condición de Administración pública (por ejemplo, cuando la colaboración se articule a través de la figura del consorcio), la preparación, adjudicación y los efectos y extinción del contrato se regirán por lo dispuesto en la LCSP.

Si la entidad no tiene la condición de Administración pública, pero en atención a determinadas características (creada para satisfacer necesidades de interés general, y existencia de control público sobre ella) puede ser considerada «poder adjudicador», a efectos de la LCSP (caso de algunas sociedades mercantiles, fundaciones, etc...) la preparación y adjudicación de sus contratos quedará sujeta a la LCSP (con carácter general, aunque hay algunas excepciones) cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada (art. 174 LCSP). Por el contrario, cuando se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada, la preparación

(42) Cfr. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado núm. 65/07, de 29 de enero de 2009.

y adjudicación de los mismos se registrará por unas instrucciones aprobadas por la propia entidad que fijarán los procedimientos y las normas que resulten de aplicación a la adjudicación de esos contratos, respetando los principios generales de la contratación pública (art. 175 LCSP). Los efectos y extinción de tales contratos se registrarán, en todo caso, por el Derecho privado (art 20.2 LCSP).

Las mismas reglas aplicables a la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada resultarán de aplicación a la preparación y adjudicación de contratos celebrados por entidades mixtas que formen parte del sector público a efectos de la LCSP (art. 3.1), pero que no tengan reconocida la condición de poder adjudicador. Es decir, con independencia del tipo y la cuantía del contrato (no existe aquí, para este tipo de entidades, la distinción entre contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada) la preparación y adjudicación de los contratos se registrará por las instrucciones internas que la entidad haya aprobado (art. 176 LCSP). Los efectos y extinción de tales contratos se registrarán, en todo caso, por el Derecho privado (art 20.2 LCSP).

IV. CONCLUSIONES

La colaboración entre el sector público y el sector privado puede materializarse a través de vínculos contractuales o institucionales. No obstante, la colaboración institucional, en el fondo, también es contractual, ya que la selección del socio privado colaborador se realiza en virtud de un contrato.

En la colaboración público-privada institucional, la aportación privada a la entidad de capital mixto consiste, además de la contribución al capital u otros activos, en la participación activa en la ejecución de los contratos y concesiones que le encomiende la entidad contratante. Por eso la selección del socio privado para ejecutar dicho contrato no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar. En una operación de colaboración público-privada institucional coinciden pues, una prestación objetiva, que es la realmente importante, y que ejerce una *vis atractiva* sobre la prestación subjetiva del contrato, consistente en la selección del socio privado.

La presencia, en toda operación de colaboración público-privada institucional, de una prestación típicamente contractual, determina la aplicación a la misma de las normas reguladoras de la adjudicación de contratos y el otorgamiento de concesiones, de manera que puede decirse que colaboración y contratación son, en realidad, dos caras de una misma moneda.

La LCSP no regula la colaboración público-privada institucional, aunque contenga claros ejemplos de ella, como es el caso de las Sociedades de economía mixta como formas de gestión indirecta de los servicios públicos. La regulación proyectada (introducción de una nueva Disposición Adicional en la LCSP, la trigésimo cuarta, a través del Proyecto de ley de Economía Sostenible) es manifiestamente mejorable, habida cuenta de su insuficiencia para colmar todas las posibilidades de desarrollar colaboraciones institucionales entre el sector público y el sector privado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, Carlos (2004): *Tragsa. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona.
- (2006): «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», RAP núm 170, pp. 261-294.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2006): «Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP», REDA núm. 129, pp. 77-90.
- (2008.a): «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house», REDA núm 137, pp. 115-138.
- (2008.b): «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local», en Moreno Molina (Coord.) *Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Cemci, Granada, pp.163-194.
- BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa (2009): *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las Entidades Locales*, La Ley, Madrid.

- CARLÓN RUIZ, Matilde (2008): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», REDA núm. 140, pp. 651-684.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2006): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», REDA núm. 132, pp. 609-644.
- (2009): «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M. (Coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), pp.453-487.
- COBOS RUIZ DE ADANA, Pilar (2008): «Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», RECE (vol. X), núm. 28, pp. 15-34.
- COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, Borja (2009): «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», en noticias.juridicas.com, artículos doctrinales: administrativo.
- (2010): «Los orígenes remotos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en noticias.juridicas.com, artículos doctrinales: administrativo.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia (2007): «La nueva Ley de contratos del Sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», RAP núm. 174, pp. 335-366.
- GIMENO FELIÚ, José María (2005): «Los entes instrumentales en la contratación pública: análisis desde la óptica del derecho comunitario», Hacienda Canaria núm. 15, pp. 299-338.
- (2010): *Novedades de la Ley de contratos del Sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA Julio Víctor (2006): «Contrato de colaboración público-privada», RAP núm. 170, pp. 7-39.
- (2007): *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2006): «Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial de las funciones públicas», *Presupuesto y Gasto público* núm. 45, pp. 31-39.
- JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés (2009): «Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): El contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del Sector público», en DORREGO DE CARLOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ: *La colaboración público-privada en la Ley de contratos del Sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, pp. 265-326.
- LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, María y MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2006): *Contratos públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Ed. Cátedra Jurídica del Centro Price Waterhouse Coopers & Instituto de Empresa del Sector Público, Madrid.
- MIGUEZ MACHO, Luis (2008): «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», *RAP* 175, pp.157-215
- MONTOYA MARTÍN, Encarnación (2009): *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie claves del Gobierno local núm. 9, Madrid.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2009): ««Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP* 178/2009, pp. 175-213.
- PADRÓS I REIG, Carlos (2009): «La articulación del concepto de «colaboración» desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», *REDA* núm. 142, pp. 251-2888.
- PASCUAL GARCÍA, JOSÉ (2010): *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del Sector público*, BOE, Madrid.
- PEÑA OCHOA, Alfonso (2008): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Ed.) *El Derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 87-108.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2008): *Operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, lustel, Madrid.

- RODRÍGUEZ VARELA, Nieves (2008): «Modelos de colaboración público-privada. Experiencia de la Comunidad de Madrid: nuevos equipamientos sanitarios», RECE (vol. X), núm. 28, enero de 2008, pp. 89-109.
- SERRANO NUÑEZ, Francisco Javier (2007): «La colaboración público-privada (CPP) y el desarrollo tecnológico. Una nueva dimensión de lo Público», Anales de mecánica y electricidad núm. 5 (Revista de la Asociación Nacional de Ingenieros del Instituto Católico de Artes e Industrias (ICAI) de la Universidad Pontificia Comillas), pp. 3-8.
- SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes (2008): «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 743, 17 de enero de 2008.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco (2006): «Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público», Diario La Ley núm. 6435, de 6 de marzo de 2006.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2006): «Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas», iustel.com, RGDA, n.º 12.
- (2009): «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público (LCSP)», Revista semestral Luso-Espanhola de Direito Público Estado & Direito núm. 27-44, pp. 71-106.
- VÁZQUEZ MATILLA, Javier (2009): «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», REDA, núm. 143, pp. 529-564.
- (2010): «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en esta misma REVISTA, pp. 317-351.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (2008): «El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros», Revista de Obras Públicas núm. 3488, pp. 57 a 66.

LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO URBANO EN EL CONTEXTO URBANÍSTICO ACTUAL DE REGENERACIÓN DE LA CIUDAD^(*)^(**)

M^º DEL CARMEN DE GUERRERO MANSO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA DE LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LAS NORMAS URBANÍSTICAS ESTATALES CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL SUELO URBANO.– III. EL CARÁCTER NECESARIO Y ALTERNATIVO DE LAS HIPÓTESIS BÁSICAS QUE CONFIGURAN EL SUELO URBANO.– IV. CRITERIOS GENERALES DE LOS SUPUESTOS DEL SUELO URBANO: 1. Un requisito esencial: la integración del terreno en la malla o trama urbana. 2. El requisito formal impuesto por la legislación autonómica: la inclusión del suelo urbano en un instrumento de planeamiento. 3. La carga de la prueba de los supuestos exigidos para clasificar el suelo como urbano. 4. Un hecho jurídicamente constatado: la tendencia reductora del suelo urbano.– V. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El contexto urbanístico actual impone un cambio de modelo de desarrollo de las ciudades. Frente al crecimiento extensivo de las ciudades se opone la consideración del suelo como un recurso natural, escaso y no renovable. Tal cambio de concepción, reflejado recientemente en las políticas europeas y, por lo tanto, en las previsiones de los Estados miembros, exige una «vuelta a la ciudad», cuyo paso previo será analizar qué terrenos conforman la ciudad existente. Siguiendo esta pauta, el presente estudio analiza la clasificación del suelo, con especial referencia al suelo urbano: su carácter reglado, los supuestos que lo conforman y los criterios generales exigibles para que un terreno adquiera dicha condición.

Palabras clave: urbanismo; clasificación; régimen del suelo; ciudad.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 8 de noviembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 29 de noviembre de 2010.

(**) El presente estudio tiene como fundamento el primer capítulo de mi tesis doctoral titulada «La ciudad existente. Delimitación del suelo urbano y en situación de urbanizado», que fue defendida el 12 de julio de 2010, en la Facultad de Derecho de Zaragoza, obteniendo las máximas calificaciones.

ABSTRACT: The current urban context is forcing an evolution in the system of development of cities. Contrary to the usual town sprawling, land is starting to be conceived as a scarce and not renewable natural resource, and a «return to the city core» is pledged. This involution, already reflected in the recent land policies of the European Union and in the regulation of the Member States, requires an accurate definition of the so-called «developed land». Thus, this paper analyses the land classification, paying special attention to the so-called «urban land», its regulatory nature, its different types and the general criteria required for the classification of land falling in this particular feature.

Key words: urban planning; land classification; land regulation; urban areas.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la concepción de las ciudades y de los modelos de desarrollo urbanístico están experimentando una profunda transformación. Frente a la tendencia desarrollista que promovía el crecimiento de los asentamientos urbanos conforme al modelo comúnmente denominado de «mancha de aceite» hoy en día se percibe que el suelo es un recurso natural, escaso y no renovable, de tal manera que no es posible —o al menos no lo es desde un punto de vista sostenible— continuar diseñando la transformación de las ciudades según las pautas urbanísticas tradicionales. En consecuencia se está produciendo una «vuelta a la ciudad», no sólo desde la realidad jurídico-social española, sino también desde el contexto que nos otorgan las políticas europeas.

Tal circunstancia impone la necesidad de realizar un nuevo estudio de la «ciudad existente», del suelo que ya ha sido transformado urbanísticamente, pero que deberá adaptarse al nuevo contexto social, ambiental, político y económico. Dicha adaptación se llevará a cabo, fundamentalmente, a través de una política de usos del suelo sistematizada y racional, que opere sobre las distintas clases de suelo. Más específicamente resultará imprescindible delimitar qué terrenos componen el suelo urbano, puesto que las nuevas políticas urbanísticas pivotan sobre la renovación o regeneración del mismo.

Durante mucho tiempo se ha recurrido a la clasificación del suelo como técnica urbanística imprescindible para delimitar el régimen jurídico de cada terreno, el conjunto de derechos y deberes de los propietarios

del suelo. La relevancia de dicha técnica urbanística se plasma asimismo en la vinculación existente entre la regulación urbanística del suelo y el modelo de ciudad que se crea, se mantiene o se transforma (1). Es decir, la incidencia de las clases y categorías del suelo en la ciudad y, por lo tanto, en la calidad de vida de sus habitantes. Sin embargo, el contexto urbanístico vigente hasta ahora ha provocado que la mayor parte de los estudios doctrinales sobre la clasificación del suelo se centraran en el análisis del suelo urbanizable —que es el que soporta la presión urbanística, y por lo tanto el más rentable económicamente y en el que se generaba mayor nivel de conflictividad— y el no urbanizable —excluido de la posibilidad de transformarse urbanísticamente—.

En el presente estudio, por el contrario, se pretende analizar la esencia del suelo urbano. Es decir, las características básicas de los terrenos que, una vez desarrollados conforme a las previsiones legalmente establecidas, conforman la ciudad existente. La competencia en materia de urbanismo la ostentan en exclusiva las Comunidades Autónomas, pero sobre sus determinaciones inciden disposiciones estatales. Por este motivo junto a las previsiones autonómicas sobre la clasificación del suelo es necesario estudiar los preceptos estatales aprobados al amparo de la garantía de las condiciones básicas de igualdad para todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad, que corresponde al Estado (2). De la interrelación de los preceptos autonómicos y los estatales, y de la interpretación que sobre los mismos llevan a cabo los tribunales, se extraerán los criterios o condiciones generales que deben estar presentes en los terrenos para formar parte de la ciudad existente. En el presente estudio se ha prescindido premeditadamente del análisis específico de los supuestos que componen esta clase de suelo —si bien será preceptivo mencionarlos sucintamente—, con el objetivo de centrar el análisis en el suelo urbano entendido como ámbito que deberá transformarse para obtener ciudades

(1) Tales aspectos fueron ya estudiados por ROMERO SAURA (1975), en cuyo estudio la referencia a la «calificación» del suelo ha de entenderse hecha a la técnica de la «clasificación».

(2) Aunque más adelante se estudiarán las diversas especialidades autonómicas, cabe destacar, en la línea de lo expresado por SANTOS DIEZ y CASTELAO RODRIGUEZ (2000: 95-97), la similitud existente entre las disposiciones autonómicas. Pese a que en la mayoría de las Comunidades Autónomas ya se han promulgado varias leyes urbanísticas desde que asumieron la competencia en materia de urbanismo y, fundamentalmente, desde la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (en adelante Texto Refundido de 1992), la preceptuación de los supuestos de suelo urbano es, como se verá, muy similar en ellas.

sostenibles y racionales que otorguen a sus habitantes un nivel superior de calidad de vida.

Conforme a lo dicho, en el presente estudio se analizará la técnica de la clasificación del suelo, haciendo especial mención del carácter reglado del suelo urbano (epígrafe II); los diversos supuestos que configuran esta clase de suelo (epígrafe III) y los criterios generales exigidos a dichos supuestos (epígrafe IV).

II. LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA DE LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LAS NORMAS URBANÍSTICAS ESTATALES CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL SUELO URBANO

La normativa urbanística española ha establecido tradicionalmente distintos ámbitos en el territorio con el fin de concretar el régimen jurídico aplicable en cada uno de ellos. Se delimitan los derechos y deberes tanto de los propietarios del suelo como de los diversos actores que participan en el proceso urbanístico llegando incluso, en fechas recientes, a fijarse un marco jurídico específico para la generalidad de los ciudadanos que conviven en y con la ciudad (3). Así, el articulado de la primera ley estatal propiamente urbanística —la Ley de 12 de mayo de 1956, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante Ley del Suelo de 1956)— implantó una clasificación tripartita del suelo delimitando los tipos de suelo urbano, de reserva urbana y rústico que, con diversas modificaciones o matizaciones, ha permanecido en los textos normativos posteriores (4). La denominación específica de las tres clases de suelo que perduró hasta la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante Ley del Suelo de 1998) —urbano, urbanizable y no urbanizable (al que ciertas leyes autonómicas aluden como rústico)— proviene de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado

(3) En este sentido destaca el catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos preceptuado en los artículos 4 y 5, respectivamente, de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (en adelante Ley de Suelo de 2007), posteriormente recogidos con la misma numeración en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante Texto Refundido de 2008).

(4) En palabras de BUSTILLO BOLADO (2007: 288), la clasificación es la decisión administrativa por medio de la cual se encuadra cada parte del término municipal dentro de alguna de las categorías legales de suelo previstas por la normativa autonómica.

por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (en adelante Texto Refundido de 1976).

La clasificación del suelo, sin embargo, no es una materia reservada al Estado sino que, tras la promulgación de la Constitución Española de 1978 y la aprobación de los Estatutos de Autonomía, el urbanismo pasó a ser una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Este reparto de atribuciones tuvo su reflejo en las normas urbanísticas estatales publicadas tras la Constitución, que continuaron delimitando las tres clases de suelo —con la especialidad de la diversificación del suelo urbanizable y apto para urbanizar que recogía el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante Texto Refundido de 1992) y eliminó la Ley del Suelo de 1998—, pero introdujeron la posibilidad expresa de que las normas autonómicas establecieran otras clases de suelo equivalentes a las estipuladas en la ley estatal (5).

El inicio del urbanismo moderno español, que la doctrina sitúa en la promulgación de la Ley del Suelo de 1956, promueve la construcción de nuestro Derecho sobre la base de dos pilares fundamentales: el urbanismo como función pública y la instauración del planeamiento como motor del sistema de desarrollo de las ciudades (6). El alcance y significación de dicha Ley como hito de la historia urbanística estatal, en cuanto que supone el nacimiento del derecho urbanístico moderno, se manifiesta en estas palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA en sus Lecciones de Derecho Urbanístico (1981: 94):

«La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 1956, constituye por sí sola el verdadero acta de nacimiento de un Derecho Urbanístico español por fin maduro, orgánico y omnicompreensivo, tan lejos del casuismo normativo, de las timideces y del arbitrio ocasional de los cien años anteriores, animado de criterios técnicos profundos, por supuesto discutibles, pero que intentan responder a la vasta problemática de los conflictos de intereses privados y colectivos que suscita la realidad del urbanismo contemporáneo.»

(5) Puede ser de interés para el lector acudir a la dicción literal de los preceptos clasificadores del suelo de las normas estatales, cuya mención se ha omitido en el intento de hacer más ágil la lectura de este apartado. La referencia concreta de los mismos es: artículo 62 de la Ley del Suelo de 1956, artículo 77 del Texto Refundido de 1976, artículo 9 del Texto Refundido de 1992, y artículo 7 de la Ley del Suelo de 1998.

(6) Ver, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA (1958: 488 y ss.), BASSOLS COMA (1973: 556 y ss.), CARCELLER FERNÁNDEZ (1965: 67 y ss.) y VAQUER CABALLERÍA (2006: 11).

Hasta este momento, el urbanismo se había concebido como el derecho que los ciudadanos —fundamentalmente, y casi en exclusiva, los propietarios del suelo— tenían de edificar sus terrenos (7). Esta facultad se sometía a escasas limitaciones, vinculadas mayoritariamente a las generadas por las relaciones de vecindad. Así, el cambio de concepción materializado mediante la promulgación de esta norma fue de tal envergadura que GARCÍA DE ENTERRÍA (1979: 80) lo calificó de «giro copernicano». El urbanismo pasó a constituir una actividad al servicio de intereses generales como el acceso a la vivienda o la creación de ciudades con niveles de salubridad e higiene adecuados, mientras que el ejercicio del derecho de propiedad se condicionó al logro de dichos objetivos (8).

El segundo pilar sobre el que se asienta el derecho urbanístico moderno es la concepción del planeamiento como el motor del desarrollo urbanístico, lo cual implica que el crecimiento de las ciudades se supedita a un modelo previamente establecido. La expansión urbanística responderá a un diseño racional, fijado según criterios e intereses generales y al margen de los fines u objetivos de los propietarios del suelo. Una de las piezas claves del planeamiento es la clasificación del suelo, puesto que de ella dependen el régimen urbanístico de cada terreno, y la posibilidad y las condiciones de su desarrollo, entre otros aspectos. Por este motivo una de las mayores aportaciones de la Ley del Suelo de 1956 fue la clasificación integral del ámbito territorial. Algunas leyes anteriores, como la del Gran Bilbao, ya habían recurrido a esta técnica urbanística, incluyendo entre sus preceptos una clasificación del territorio conforme a áreas preestablecidas, de manera que la inclusión en una de esas zonas generaba un régimen jurídico específico para los propietarios del suelo (9). Sin embargo, pese a no constituir una novedad absoluta en nuestro ordenamiento jurídico, la importancia de la clasificación en la Ley del Suelo de 1956 se deriva de su carácter totalizador: todo el territorio nacional deberá incluirse en

(7) Quizá sea representativa de este hecho la separación del Derecho Civil —que atiende más directamente a las relaciones entre los particulares— como disciplina encargada de esta materia, para pasar a ser una de las ramas del Derecho Administrativo —que con carácter general rige las relaciones en las que al menos una parte es una Administración Pública—.

(8) Prueba de la importancia de este cambio de criterio es la explicación específica que PÉREZ GONZÁLEZ (1956: 462) —Ministro de la Gobernación en aquél entonces— le dedicó en los discursos previos a la aprobación de la Ley del Suelo de 1956.

(9) Ley de Ordenación Urbanística y Comarcal de Bilbao y su zona de influencia, Texto Articulado aprobado por Decreto de 1 de marzo de 1946, en desarrollo de la Ley de 17 de julio de 1945, de Bases para la Ordenación de Bilbao; artículo 28.

alguna de las clases de suelo legalmente establecidas, y no exclusivamente ciertas áreas de las grandes ciudades que se pretenden desarrollar urbanísticamente, tal y como se disponía en las normas de Bilbao, Madrid (10) o Valencia (11).

Las funciones que se llevan a cabo a través de la clasificación del suelo manifiestan la relevancia de esta técnica urbanística. Con ella se delimitan las posibilidades de desarrollo urbanístico de los terrenos incluidos en cada una de las zonas de la ciudad; se atribuye un determinado régimen urbanístico a la parcela; y se posibilita la equidistribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los diferentes propietarios de suelo afectados por el desarrollo urbanístico de un sector (12). Estos fundamentos explican el requisito legal de que todas las parcelas del territorio se incluyan en alguna de las clases típicas de suelo (13) —con las especialidades que algunas leyes establecen para el suelo destinado a

(10) Ley de Ordenación Urbana de Madrid y sus alrededores, Decreto de 1 de marzo de 1946.

(11) Decreto del Ministerio de la Gobernación de 14 de octubre de 1949, para la gestión y ejecución de la ordenación urbana de Valencia y su comarca, que desarrolla la Ley de 18 de diciembre de 1946, de Bases para la Ley de Ordenación de Valencia.

(12) En este sentido ver SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ (2005: 340 y 341), e IRIBARREN GOICOECHEANDÍA (1984: 55) quien expone que la clasificación del suelo es fundamental para configurar el régimen jurídico de la propiedad, puesto que constituye un «instrumento básico de toda ordenación urbanística».

(13) El carácter totalizador de la clasificación del suelo se ha recogido en todas las normas urbanísticas autonómicas, a la par que se establece la posibilidad de prescindir de alguna de las clases del suelo. La mayoría de las normas autonómicas recogen estas previsiones de manera conjunta al regular las clases de suelo. Sirva como ejemplo la dicción literal del artículo 44 de la Ley Andaluza: «El Plan General de Ordenación Urbanística clasifica la totalidad del suelo de cada término municipal en todas o algunas de las siguientes clases de suelo: urbano, no urbanizable y urbanizable, distinguiendo en cada una de éstas las correspondientes categorías», que se recoge de forma similar en las legislaciones de Asturias, Islas Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Comunidad de Madrid, Extremadura, Galicia y La Rioja.

El resto de Comunidades Autónomas disponen que todo el suelo del ámbito municipal comprendido en los Instrumentos de planeamiento general debe estar incluido en las tres clases tradicionales de suelo. No obstante tal regulación no implica que hayan de concurrir de manera efectiva todas las clases ya que se prevé la posibilidad de prescindir de alguna de ellas. Así, en el artículo 26.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Urbanística de Aragón (Decreto 52/2002, de 19 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística, en materia de organización, planeamiento urbanístico y régimen especial de pequeños municipios) se dispone: «Si la peculiar realidad física del Municipio o de los Municipios que constituyen el ámbito del Plan así lo determinarse, podrá prescindirse de algunas de las clases o categorías de suelo, acreditando en la Memoria el cumplimiento de los criterios objetivos establecidos para incluir terrenos en las clases o categorías de las que se prescinda».

sistemas generales—, sin perjuicio de que un municipio pueda carecer de alguna de dichas clases de suelo. No obstante, de la propia naturaleza y significado del suelo urbano se desprende que en todo municipio existirá algún área —habitualmente el casco histórico— que haya adquirido dicha condición por presentar un grado de transformación adecuado y suficiente, sin que requiera de actuaciones sistemáticas para consolidar su urbanización (14).

La Administración ostenta la potestad discrecional de planeamiento. En el ejercicio de la misma podrá optar por incluir los terrenos comprendidos en su ámbito territorial en una u otra clase de suelo, dependiendo del resultado de dicha opción el modelo urbanístico que se desarrollará en el municipio. Sin embargo, la discrecionalidad de la Administración no es absoluta, sino que se encuentra condicionada por las previsiones contenidas en la Memoria del instrumento de planeamiento —que debe motivar y justificar la opción elegida— y por el carácter de algunas clases de suelo. En este sentido, entre las características de la tradicional trilogía clasificatoria del suelo destaca el carácter reglado del suelo urbano, confrontado con el supuesto discrecional del suelo urbanizable y corroborado en reiteradas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia (15). En virtud de dicho carácter la Administración está obligada, siempre que concurren las circunstancias de transformación del suelo a las que hacen referencia las leyes, a clasificar el terreno como urbano.

Tal afirmación se encuentra avalada por la constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sirva como muestra de la misma la cita de tres sentencias que responden a momentos distintos y, por lo tanto, aplican las sucesivas normas en materia urbanística elaboradas por el legislador estatal, otorgando a todas ellas una interpretación similar. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986 (Ar. 5990) se dispone:

«La clasificación de un terreno como suelo urbano depende del hecho físico de la urbanización o consolidación de la edificación —arts. 78, a) del

(14) A lo largo del presente trabajo se hará referencia a la clasificación del suelo en los municipios que carecen de instrumentos de planeamiento general, en los cuales el suelo se divide en urbano y no urbanizable, o clases equivalentes a éstas.

(15) Véase por todos RAZQUIN LIZARRAGA (2007: 62-67), quien realiza un ilustrativo resumen de diversos pronunciamientos doctrinales al respecto, así como de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el carácter reglado del suelo urbano.

Texto Refundido de la Ley del Suelo y 21 del Reglamento de Planeamiento—, de suerte que la Administración queda vinculada por una realidad que se ha de reflejar en sus determinaciones clasificatorias. Así lo declara reiteradamente la jurisprudencia al aplicar dichos preceptos —sentencias de 29 de febrero de 1984 (RJ 1984\2447), 19 de julio de 1985 (RJ 1985\5951), etc.—, subrayando que la clasificación de un terreno como suelo urbano «constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos» —sentencia de 27 de enero de 1986 (RJ 1986\1125)—.

La definición, con rango legal, del suelo urbano constituye pues un límite de la potestad de planeamiento, tanto cuando ésta actúa *ex novo* como cuando opera por vía de revisión o modificación» (FJ 2º).

La misma interpretación se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003 (Ar. 8074). Dicha sentencia expone que de la reiterada y constante jurisprudencia de este Tribunal —de la cual cita una gran variedad de pronunciamientos— pueden extraerse un conjunto de afirmaciones que conducen a determinar que las facultades discrecionales reconocidas como regla general al planificador para clasificar el suelo en la forma que estime más conveniente, tienen su límite en el suelo urbano, ya que

«la clasificación de un suelo como urbano constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, pues éste ha de definirlo en función de la realidad de los hechos referidos a la existencia de servicios —o a la consolidación de la edificación—, a la suficiencia de aquéllos y a su inserción en la malla urbana» (FJ 2º).

Finalmente puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2009 (Ar. 5161) que, en fecha más reciente, reitera la misma interpretación que las anteriormente mencionadas:

«la sentencia impugnada sí ha infringido la jurisprudencia que se cita sobre el carácter reglado del suelo urbano, es decir, aquella doctrina nuestra que afirma que la clasificación del suelo como urbano escapa a las facultades discrecionales de la Administración, ya que suelo urbano es, sin más, el que lo es (es decir, el que tiene los servicios urbanísticos exigidos por la ley o está en áreas consolidadas). Así lo dicen las sentencias que se citan en el motivo, y otras muchas (23 de octubre de 2002 (RJ 2002/10062), 26 de enero de 2000 (RJ 2000/577), 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10491) —que cita las de 3 de marzo de 1999 (RJ 1999/2159) y 3 de mayo de 2000 (RJ 2000/4075)—, 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10577), 28 de diciembre

de 1999 (RJ 1999/9778), 23 de marzo de 1998 (RJ 1998/3077), 6 de mayo de 1997 (RJ 1997/4051), etc.)» (FJ 9^º).

Una vez aclarado el carácter reglado del suelo urbano, y sin perjuicio del estudio que posteriormente se realizará, conviene apuntar cuáles son las circunstancias de hecho a las que alude el Tribunal Supremo como causa determinante de la inclusión de un terreno en este régimen específico. Resulta de interés en este sentido la sentencia de 19 de mayo de 2004 (Ar. 3893) en la que el Tribunal Supremo clasifica como suelo urbano el terreno enjuiciado —en contra del criterio de la Administración— amparándose en el carácter reglado de esta clase de suelo, que limita la discrecionalidad del planificador para decidir la tipificación —o no— de un terreno como suelo urbano. Argumenta el Tribunal que la clasificación de un terreno como urbano constituye un imperativo legal, «de suerte que éste (el planificador) ha de definir o clasificar como tal el que lo sea por concurrir en él las circunstancias de hecho, físicas, descritas en la ley». Llegados a este punto, el Tribunal recuerda que son dos los criterios utilizados por el legislador para otorgar a un suelo la condición de urbano: el de la urbanización y el de la consolidación de la edificación (16), supuestos que «conjuga de modo alternativo, de suerte que basta con que concurra uno u otro para que devenga imperativa la clasificación del suelo como urbano.» (FJ 5^º).

Esta doctrina es igualmente seguida por los Tribunales Superiores de Justicia, como en el caso de la sentencia de 5 de noviembre de 2007 (JUR 2008/139673) del TSJ de Aragón, en la que se expone de manera muy clara la vinculación del planificador respecto de la realidad física del terreno a la hora de clasificar el suelo como urbano:

«Es cierto que el planificador goza de la discrecionalidad necesaria, claro está, para el diseño y trazado de la ciudad, pero no lo es menos que dicha potestad tiene sus límites en lo evidente y fáctico, cuya elusión no debidamente justificada constituye un vicio invalidante por falta de racionalidad en el ejercicio de aquellas potestades. (...)

El informe pericial practicado en autos ha venido a rebatir por completo la determinación del plan de incluir dicho terreno dentro del Sector SU-L 1, con

(16) En muchas de las sentencias que enjuician la clasificación como suelo urbano de un terreno los Tribunales prescinden del supuesto de clasificación como consecuencia de la ejecución del planeamiento. Esos terrenos se tipificarán como suelo urbanizable, y adquirirán la condición de urbano tras su desarrollo efectivo, motivo por el cual en ciertas ocasiones se prescinde de este supuesto al analizar el suelo urbano.

el que, según refiere la memoria, se trata de desarrollar la edificación de los terrenos existentes al borde de la edificación que no fueron objeto de un proceso urbanizador y rellenar el vacío urbano existente en el casco antiguo.

Dicho informe afirma con claridad meridiana, no oscurecida por la contestación a la aclaración formulada por la Corporación municipal demandada: que la parcela del actor dispone de los servicios urbanísticos básicos (acceso rodado integrado en la malla urbana, abastecimiento de agua, conexión a la red municipal de alcantarillado y a la de suministro de energía eléctrica); que la parcela en cuestión forma parte de la malla urbana del núcleo de Liri porque recae a un vial del Plan general que cuenta con todos los servicios urbanísticos; que dicho terreno, por todo lo anterior, no necesita de proceso alguno de transformación urbanizadora; y que, coincidiendo en todo con el informe técnico aportado con la demanda, el suelo de la repetida parcela debe ser clasificado como suelo urbano consolidado» (FJ 3º).

El carácter reglado del suelo urbano se refleja también en el hecho de que se trata del único tipo de suelo que ha mantenido constante su denominación desde su fijación en 1956. Tal circunstancia responde a la especial vinculación de este tipo de suelo con la ciudad «terminada», que constituye una realidad previa y prefijada, que al legislador y al planificador corresponde exclusivamente detectar y clasificar como tal (17).

La invariabilidad en la denominación del suelo urbano es compatible con las modificaciones que las sucesivas normas estatales introdujeron al regular esta clase de suelo. Así, la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante Ley de Reforma de 1975) estableció el requisito formal de que un instrumento de planeamiento sancionara la clasificación del suelo como urbano. De esta manera, tal y como expone IRIBARREN GOICOECHEANDÍA (1984: 55), en el Texto Refundido de 1976 —que acoge el contenido de la Ley de Reforma de 1975— el carácter de suelo urbano está condicionado por la delimitación de los terrenos que realicen los instrumentos de planeamiento. Son por lo tanto el Plan General, las Normas Subsidiarias y los Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano los que conforme a las previsiones del Texto Refundido de 1976 ostentan la fuerza legitimadora última en la clasificación del suelo. La consecuencia de este requisito es clara: se degrada en cierta medida el carácter reglado del suelo urbano, ya que

(17) Más adelante se aludirá a los supuestos en los que se ha intentado contradecir, por el legislador o el planificador, la fuerza normativa de lo fáctico; intentos que han fracasado reiteradamente en virtud de la acción de los Tribunales.

no basta con que un terreno cuente con las condiciones establecidas en la Ley, sino que será igualmente necesario que un instrumento de rango inferior ratifique la inclusión del suelo en dicha clase.

Otra de las reformas normativas introducidas por la Ley de Reforma de 1975 y recogidas en el Texto Refundido de 1976 que afectó indirectamente al suelo urbano, depurando su contenido, fue la inclusión de la categoría del suelo urbanizable entre las previamente existentes. De esta manera se afianzó el carácter realista del suelo urbano, vinculando de forma más clara la adquisición de la condición de urbano con los requisitos materiales de urbanización y edificación, es decir, con el grado de desarrollo físico y urbanístico del terreno. En palabras de PERALES MADUEÑO (1976: 36) referidas al Texto Refundido de 1976, el suelo será urbano en virtud de la decisión del plan adoptada según unos datos reales, como son la existencia de unos elementos y servicios básicos propios de toda estructura urbana, o de la propia edificación configuradora de núcleos urbanos.

Prosiguiendo con el devenir histórico-legislativo, resulta obligado mencionar la aprobación de la Constitución Española de 1978. Pese a no tratarse de una ley urbanística, su promulgación ocasionó en nuestro ordenamiento jurídico una serie de cambios que incidieron en esta materia. España pasó a configurarse como un Estado autonómico otorgando a las Comunidades Autónomas la posibilidad de atribuirse en sus estatutos de autonomía la competencia sobre algunas materias que anteriormente venía desempeñando el Estado, entre las que figura el urbanismo. En consecuencia, el ámbito de influencia del legislador estatal sobre esta materia se fue reduciendo tanto por imperativo de las previsiones del llamado «bloque de constitucionalidad» como por los reiterados pronunciamientos interpretativos del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el Estado continúa siendo el garante de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la propiedad urbana, para lo cual debe regular las condiciones básicas que posibiliten la eficacia del principio establecido en el artículo 149.1.1º de la CE (18); aspecto especialmente vinculado con la técnica urbanística de la clasificación del suelo. Al mencionar la competencia que mantiene el Estado en materia

(18) La dicción literal del artículo 149.1.1º CE atribuye de manera exclusiva al Estado «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Sobre estos aspectos puede verse la obra de AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (2007).

de clasificación básica del suelo, BUSTILLO BOLADO (2007: 389) diferencia dos funciones u operaciones que se llevan a cabo mediante la inclusión del terreno en alguna de las clases de suelo. Por un lado, la clasificación determina la estructura urbanística de los asentamientos urbanos, su crecimiento, cambio y conservación. Según el citado autor, el Estado no tiene competencia en este aspecto, sino que corresponderá en exclusiva a las Comunidades Autónomas. Por otro lado, la clasificación también repercute de manera directa sobre los derechos de los propietarios del suelo y, desde esta segunda perspectiva, la jurisprudencia constitucional habilita la incidencia del legislador estatal en esta materia, en virtud de los artículos 149.1.1º —igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo— y 149.1.18º CE —expropiación y valoraciones—. Por este motivo, y pese a que el Estado ya no tenía competencia en materia de urbanismo, el legislador de 1992 mantuvo la clasificación tripartita del suelo, compaginando esta disposición con la habilitación a las Comunidades Autónomas para que crearan clases de suelo equivalentes a las establecidas por la disposición estatal —de tal manera que se salvara el posible vicio de incompetencia—. Dicha habilitación permaneció en la Ley del Suelo de 1998.

No obstante, la única Comunidad Autónoma que ha ejercido esta potestad ha sido Galicia, creando el suelo de núcleo rural (19). Esta clase de suelo se asimila a una categoría más del suelo urbano, sin atribuírsele un régimen específico, por lo que se equipara a la previsión contenida en la legislación urbanística de la Región de Murcia, que tipifica el suelo urbano de núcleo rural dentro de la clase de suelo urbano (20).

Finalmente, la Ley del Suelo de 1998 ha sido la última norma estatal en regular la técnica urbanística de la clasificación del suelo. En virtud

(19) Artículo 10 (Ley 9/2000), Clasificación del suelo: «Los planes generales de ordenación municipal deberán clasificar el territorio municipal en todos o algunos de los siguientes tipos de suelo: urbano, de núcleo rural, urbanizable y rústico.»

(20) Su artículo 63 (D. Leg. 1/2005) regula las categorías del suelo urbano y entre ellas establece las que siguen:

«4. Tendrán la consideración de suelo urbano de núcleo rural los terrenos, incluidos los de la Huerta Tradicional de la Región de Murcia, en los que, por existir agrupaciones de viviendas con viario e infraestructura común y relaciones propias de la vida comunitaria, constituyan un asentamiento de población tradicional reconocido oficialmente por un topónimo y especialmente vinculado a las actividades del sector primario.

5. Tendrán la consideración de suelo urbano especial los terrenos, incluidos los de la Huerta tradicional de la Región de Murcia, que, careciendo de alguno de los requisitos del apartado anterior, constituyan un asentamiento con frente a camino público tradicional.»

del reparto competencial efectuado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y estando aún reciente la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de 1992, esta Ley trató de evitar rigideces innecesarias en la clasificación del suelo, con el fin de respetar de la forma más perfecta posible la competencia autonómica en la materia. A través de esta flexibilidad normativa se persiguió conjuntamente el objetivo de una mayor y mejor adaptación de las políticas urbanísticas a las variantes circunstancias económicas, aspecto que desde una regulación pormenorizada era mucho más difícil de lograr. Por estos motivos, la Ley del Suelo de 1998 no definió el estatuto jurídico básico de la propiedad del suelo. Esta ley incidía sobre un marco competencial muy limitado, versando con carácter exclusivo sobre el régimen del suelo y valoraciones, y sin regular otros aspectos relacionados con éstos como la conservación y protección del patrimonio arquitectónico e inmobiliario o la ordenación urbana.

La jurisprudencia constitucional, sin embargo, mantiene la posibilidad de que el Estado delimite las clases de suelo y fije sus categorías, ya que al constituir condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad no vulneran la competencia exclusiva de que gozan las Comunidades Autónomas para establecer su propio modelo urbanístico territorial. En este sentido, la STC 54/2002, de 27 de febrero, rechazó la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley del Suelo de 1998, que regulaba el régimen jurídico del suelo urbano distinguiendo dos categorías de suelo: el consolidado y el no consolidado, ya que consideró que se integraban entre los criterios mínimos que permiten garantizar la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales.

Por otro lado, la Ley del Suelo de 1998 eliminó la referencia a los instrumentos de planeamiento urbanístico que la Ley de Reforma de 1975 había establecido como requisito adicional que debía concurrir en los terrenos para adquirir la condición de urbano (21). Dicha modificación legal podría interpretarse como un afianzamiento del carácter reglado de esta clase de suelo, ya que supondría su independencia de la tipificación como tal en un instrumento de planeamiento. A tal circunstancia parece aludir GRAU ÁVILA (1998: 123 y 124) cuando indica que la clasificación de un terreno como urbano constituye un mandato directo de la ley sobre

(21) En el epígrafe IV.B de este trabajo se analiza de manera más detallada la exigencia de este requisito formal para la clasificación de un terreno como urbano, por lo que me remito a lo que allí se dirá.

el planificador (22). De esta manera, la Administración carecería de la posibilidad de apreciar discrecionalmente si un terreno forma parte del suelo urbano. Por el contrario, la inclusión del suelo en dicha clase dependería de la constatación de la existencia en el terreno de los requisitos legalmente establecidos para ello. Tales afirmaciones deberán matizarse posteriormente al aludir de manera específica a la regulación del suelo urbano efectuada por las Comunidades Autónomas, ya que muchas de ellas imponen la necesaria sanción formal de la clasificación del suelo. No obstante, y con carácter general, si el suelo cuenta con los servicios urbanísticos básicos o está ubicado en un área consolidada por la edificación, y está integrado en la malla urbana, adquirirá la condición de suelo urbano, y se deberá incluir como tal en los instrumentos de planeamiento.

Como conclusión de estas páginas, en las que se ha realizado un breve pero imprescindible apunte de la evolución normativa de la clasificación del suelo en las distintas normas estatales, haciendo especial referencia al suelo urbano, se extrae la existencia de una serie de características comunes que se mantienen constantes a lo largo del tiempo. Frente al margen de discrecionalidad que rige en la configuración del suelo urbanizable y, en cierta medida, del suelo no urbanizable —fundamentalmente en el genérico—, el suelo urbano tiene carácter reglado desde su primera regulación integral en 1956. Los sucesivos legisladores estatales han aplicado criterios semejantes, y no sólo en el aspecto externo de su denominación, sino también respecto a las características de este tipo de suelo, establecidas legalmente y dependientes del estado de desarrollo urbanístico del suelo, comprobable empíricamente. Conforme a estas disposiciones formarán parte del suelo urbano los terrenos transformados o urbanizados con un grado de calidad adecuado para servir a la edificación que sobre ellos exista o se vaya a construir; los que el planeamiento general incluya en un área consolidada por la edificación en sus dos terceras partes, y aquéllos que adquieran las mencionadas exigencias al ejecutarse el plan (23).

La jurisprudencia también se hace eco de la invariabilidad —en lo esencial— de la regulación del suelo urbano en las sucesivas normas

(22) A lo largo de estas páginas se volverá en diversas ocasiones sobre el carácter reglado del suelo urbano, defendido de manera constante por la jurisprudencia y la doctrina.

(23) Sin embargo, como se verá más adelante, la posibilidad de que un terreno adquiera la condición de urbano por esta tercera vía ha de ser profundamente matizada.

estatales. Quizá una de las sentencias del Tribunal Supremo que refleja mejor este hecho es la de 30 de junio de 2006 (Ar. 5150), que acoge el tenor literal de la reiterada y constante expresión de este Tribunal, manifestada en las sentencias de 10 de noviembre de 2005 (Ar. 7770) y de 15 de diciembre de 2005 (Ar. 461), exponiendo en su Fundamento Jurídico 4^º que:

«El artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones —que, en síntesis, ha asumido el contenido el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que, a su vez, reproduce el contenido del artículo 78 del anterior Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, entonces aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril— dispone (...)».

III. EL CARÁCTER NECESARIO Y ALTERNATIVO DE LAS HIPÓTESIS BÁSICAS QUE CONFIGURAN EL SUELO URBANO

Hasta el momento se ha constatado que el carácter reglado del suelo urbano, la fuerza normativa de lo fáctico que rige en esta clase de suelo e, incluso, su denominación han permanecido estables en las sucesivas regulaciones estatales —excepción hecha de la exigencia del requisito formal de inclusión en el instrumento de planeamiento que introdujo la Ley de Reforma de 1975, y volvió a suprimir la Ley del Suelo de 1998—. Interesa conocer ahora si los criterios caracterizadores de esta clase de suelo se han mantenido también constantes.

El requisito general e imprescindible para que un terreno se clasifique como urbano es que se encuentre transformado. Es decir, que haya sido objeto de desarrollo urbanístico por la acción del hombre sobre él, de tal manera que haya perdido su utilidad como recurso natural propiamente dicho. La modificación o transformación del suelo es empíricamente comprobable, ya que responde a la situación actual del terreno, a su realidad física. Esta circunstancia asegura que la atribución de la condición de urbano a un terreno responda al grado de desarrollo legalmente exigido en el momento de su tipificación o, en determinados supuestos igualmente reglados, al grado de desarrollo obtenido con la ejecución del plan. En definitiva, se deberán fijar *a priori* los criterios

de transformación del suelo, de manera que la tipificación de un terreno como suelo urbano suponga la mera constatación de que cumple con los requisitos fijados en las normas. La exigencia de transformación del suelo y su graduación se concreta por el legislador en las tres hipótesis básicas que constituyen el suelo urbano.

Concretamente, la Ley del Suelo de 1998 establecía en las dos letras de su artículo 8 tres supuestos básicos de suelo urbano. La letra a) del mencionado precepto contenía dos criterios distintos: la concurrencia de los servicios urbanísticos básicos y la inclusión del terreno en un área de edificación consolidada; mientras que en la letra b) se regulaba el tercer supuesto: la adquisición de la condición de urbano en ejecución del instrumento de planeamiento urbanístico. Paradójicamente, los dos supuestos del apartado a) son, como se verá, los que más difieren en la práctica al clasificar este tipo de suelo.

Los tres supuestos de suelo urbano son necesarios y alternativos (24). Tales características implican que para que un terreno adquiera la condición de urbano deberá cumplir con los requisitos de alguna de las tres hipótesis básicas de esta clase de suelo pero, tal y como reconoce la jurisprudencia de manera reiterada, es indiferente cuál de ellas cumpla. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 1997 (Ar. 8855), en la que se enjuiciaba si —al amparo del Texto Refundido de 1976— las normas subsidiarias o el plan general podían otorgar la condición de suelo urbano a terrenos que no cumplieran con los requisitos legales establecidos para ello. La negativa del Alto Tribunal ante dicha pretensión fue clara: el planificador no goza de discrecionalidad en la tipificación del suelo urbano, sino que deberá clasificar necesariamente como urbano aquel terreno en el que concurra alguno de los requisitos legales, y no podrá extenderse dicha tipificación a otro terreno. Esta interpretación se reitera en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008 (Ar. 70/2009), que recoge pronunciamientos anteriores sobre esta materia, disponiendo que:

«las facultades discrecionales que como regla general han de reconocerse al planificador para clasificar el suelo en la forma que estime más conveniente,

(24) A lo largo de este trabajo se verá cómo el carácter alternativo de los tres supuestos de suelo urbano, cuya formulación teórica no presenta ninguna duda, pierde eficacia en la práctica, ya que prima la concurrencia de los servicios urbanísticos básicos mientras que las otras dos hipótesis pierden singularidad por la exigencia de requisitos adicionales.

tienen su límite en el suelo urbano, pues necesariamente ha de reconocerse esa categoría a los terrenos que hallándose en la malla urbana, por haber llegado a ellos la acción urbanizadora, dispongan de servicios urbanísticos (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica) con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, o se hallen comprendidos en áreas consolidadas por la edificación, salvo que la existencia de tales servicios o la consolidación de la edificación hayan tenido su origen en infracciones urbanísticas y aún le sea posible a la Administración imponer las medidas de restauración del orden urbanístico infringido» (FJ 4^º).

Además del carácter necesario de los supuestos del suelo urbano, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante al declarar la alteratividad que existe entre ellos desde los primeros pronunciamientos emitidos al amparo de la legislación urbanística española. Tal afirmación se demuestra con las tempranas sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1959 (Ar. 3509), 11 de diciembre de 1962 (Ar. 4855), 5 de marzo (Ar. 1278) y 29 de octubre de 1964 (Ar. 5830), y 8 de junio de 1966 (Ar. 3560). El considerando sexto de este último pronunciamiento, tras analizar los supuestos contenidos en el artículo 63 de la Ley de Suelo de 1956, concluye que ninguna de las parcelas enjuiciadas podía tipificarse como suelo urbano a los efectos de su valoración, puesto que no reunían las circunstancias exigidas por el mencionado precepto (25).

La alternatividad entre los supuestos que conforman el suelo urbano rige asimismo para los municipios que carezcan de instrumento de planeamiento general. El ámbito territorial de estos municipios estará incluido en un Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano que, para determinar qué terrenos pueden ser clasificados como urbanos, deberá respetar los requisitos legalmente establecidos, que permiten la adquisición de dicha condición por diversas vías. Tal es el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 julio de 1984 (Ar. 4657):

«exige que el terreno cuente con todos los servicios a que se refiere el artículo 81.2 —que es el aplicable a esos Municipios carentes de Plan—, es decir, acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de

(25) Otras sentencias del Tribunal Supremo que reiteran esta interpretación jurisprudencial son las de 24 de enero de 1979 (Ar. 58), 14 de junio de 1982 (Ar. 3975) o 14 de diciembre de 2001 (Ar. 2002/1796).

energía eléctrica, y que la vía a que la parcela dé frente tenga pavimentada la calzada y encintado de aceras, pero no —en contra de lo que el apelante entiende— que simultáneamente se exija todo ello y, además, que el terreno esté comprendido en áreas consolidadas por la edificación, al menos en la mitad de la superficie, pues, precisamente, la literalidad del artículo 78 (...) emplea la disyuntiva de que lo mismo da para considerar al terreno como solar que concurra una u otra circunstancia y no las dos, y así lo demuestra también el artículo 101 del Reglamento de Planeamiento al disponer inequívocamente que los terrenos que se incluyan dentro del perímetro que delimite el suelo urbano en Municipios que carezcan de Plan General de Ordenación, deberán cumplir, como mínimo, «alguna» de las anteriores condiciones» (Considerando 2º).

En el mismo sentido, la sentencia de 19 de mayo de 2004 (Ar. 3893) rechaza la pretensión del actor de desclasificar un terreno tipificado como urbano alegando que carecía de los servicios urbanísticos básicos, ya que se trataba de un suelo urbano por consolidación de la edificación:

«aquel suelo objeto del litigio era y es legalmente suelo urbano, pues esa jurisprudencia afirma de modo reiterado: 1) que la clasificación de un suelo como urbano constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, de suerte que éste ha de definir o clasificar como tal el que lo sea por concurrir en él las circunstancias de hecho, físicas, descritas en la letra a) de aquel artículo 78; y 2) que en esa letra utiliza el legislador dos criterios, el de la urbanización y el de la consolidación de la edificación, que conjuga de modo alternativo, de suerte que basta con que concurra uno u otro para que devenga imperativa la clasificación del suelo como urbano» (FJ 5º).

Esta doctrina jurisprudencial es coincidente con la interpretación efectuada por la doctrina sobre los supuestos básicos del suelo urbano. Como indica TOLOSA TRIBIÑO (2006: 123) al referirse al supuesto de los terrenos que adquieren el carácter de urbanos por estar ubicados en un área consolidada por la edificación, «ha de tenerse en cuenta que este criterio no es acumulativo respecto del anterior —la concurrencia de servicios urbanísticos básicos en el terreno— sino que los dos criterios expresados son alternativos, siendo suficiente que los terrenos a clasificar como urbanos, reúnan alguno de los requisitos que se señalan en la norma para adquirir tal condición, sin que sea necesaria la concurrencia de todos ellos». En el mismo sentido LASO MARTÍNEZ (1982: 87 y 88) manifiesta que la literalidad del artículo 21 del Reglamento de Planeamiento

Urbanístico de 1978 (26), precisa exclusivamente la concurrencia en el terreno de «alguno» de los requisitos que condicionan la clasificación del suelo urbano: presencia de los servicios urbanísticos o, en su defecto, que tenga su ordenación consolidada en las circunstancias que tal artículo especifica.

En definitiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes y unánimes al imponer con carácter necesario la concurrencia de los criterios legales que presuponen un estado de desarrollo del terreno para clasificarlo como urbano pero, al mismo tiempo, determinan que es suficiente con la existencia de cualquiera de ellos. Si el suelo ha sido urbanizado por contar con los servicios urbanísticos básicos, está inserto en un área consolidada por la edificación, o va a adquirir alguna de estas condiciones en ejecución del plan podrá —y deberá— ser clasificado como urbano.

Volviendo a la determinación de los supuestos de suelo urbano, es preciso aclarar que no existe un consenso doctrinal en torno a la fijación de las hipótesis básicas del suelo urbano. Autores como GONZÁLEZ PÉREZ (1998: 153-161) exponen que en la práctica la Ley del Suelo de 1998 —y entiendo que por lo mismo el Texto Refundido de 1992 y el de 1976, de los que es continuadora— realiza una distinción bipartita del suelo urbano: el que cuenta con urbanización y el consolidado por la edificación. Según esta interpretación, los criterios definidores de esta clase de suelo tienen en común la concurrencia en el terreno de un cierto grado de urbanización —ya sea parcial o total— que se constituye en el elemento básico y necesario para clasificar un terreno como urbano. La diferencia existente entre ambas hipótesis básicas es el momento en el que se ha realizado el desarrollo urbanístico, pudiendo haberse concluido con carácter previo a

(26) Artículo 21 Reglamento de Planeamiento Urbanístico:

«Para que el Plan General clasifique terrenos como urbanos, incluyéndolos en la delimitación que a tal efecto establezca, será preciso que reúnan algunos de los siguientes requisitos:

a) Que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, debiendo tener estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir.

b) Que los terrenos, aun careciendo de algunos de los servicios citados en el párrafo anterior, tengan su ordenación consolidada, por ocupar la edificación, al menos, dos terceras partes de los espacios aptos para la misma según la ordenación que el Plan General para ellos proponga. El Plan deberá señalar las operaciones de reforma interior o acciones concretas de urbanización precisas para conseguir los niveles de dotación necesarios de los servicios mínimos señalados en el apartado a) de este artículo».

la aprobación del planeamiento, en el supuesto de los terrenos totalmente urbanizados o edificados; o bien, figurando el desarrollo en un grado inicial, situación que correspondería con la tercera de las situaciones del suelo urbano.

Los urbanistas SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ (2005: 361-364) también reconducen a dos los supuestos de suelo urbano contenidos en el artículo 8 de la Ley del Suelo de 1998. Según los mencionados autores, la diferencia existente entre las hipótesis básicas de este tipo de suelo es el modelo desde el que se percibe la transformación o urbanización de los terrenos. En consecuencia, se puede hablar del suelo urbano desde una vertiente estática, en la que se incluye la situación real del terreno, el grado de desarrollo que presenta en el momento de redactar el instrumento de planeamiento urbanístico; y una vertiente dinámica, que hace referencia a la futura urbanización del suelo, fruto de la ejecución del plan.

Estas opiniones doctrinales, que tienden a reconducir los tres supuestos básicos de suelo urbano a dos, parecen haber encontrado eco tanto en los legisladores como en la jurisprudencia. En este sentido cabe apuntar que las últimas normas estatales han adoptado una tendencia reductora, cuya máxima manifestación es la creación del suelo en situación de urbanizado; y también las leyes autonómicas, sin prescindir expresamente de ninguno de los tipos tradicionales, han redimensionado la aplicación real de cada supuesto.

IV. CRITERIOS GENERALES DE LOS SUPUESTOS DEL SUELO URBANO

En los epígrafes anteriores se ha expuesto la evolución de la técnica de la clasificación del suelo en las normas urbanísticas estatales, su incidencia en el concreto modelo urbanístico de cada municipio, y el carácter necesario y alternativo de las tres hipótesis básicas que configuran el suelo urbano. Con el objetivo de delimitar mejor la configuración de esta clase de suelo corresponde en este momento profundizar en los criterios generales que rigen el suelo urbano. Al tratar de perfilar de manera genérica esta clase de suelo, queda fuera de lugar el análisis de las exigencias específicas impuestas por la legislación y la jurisprudencia para cada una de dichas hipótesis. Es decir, se van a estudiar los requisitos que pueden incidir de manera directa en la configuración del

suelo urbano: la integración del terreno en la malla o trama urbana y la exigencia de sanción formal de la clasificación por un instrumento de planeamiento; la carga de la prueba y su inversión en ciertos supuestos por la aplicación de los principios de buena fe procesal y facilidad de la prueba; y la constatación de la tendencia reductora que los legisladores tanto estatal como autonómico están aplicando al suelo urbano, hasta el punto de asimilarlo en determinadas ocasiones al suelo que ha adquirido la condición de solar.

1. Un requisito esencial: la integración del terreno en la malla o trama urbana

La integración de los terrenos en la malla urbana se ha convertido en un aspecto trascendental para la clasificación del suelo como urbano. Esta afirmación se encuentra avalada por los pronunciamientos jurisprudenciales que, incluso adelantándose a la exigencia legal, impusieron este requisito para que los terrenos adquirieran la condición de suelo urbano.

No obstante, cabría cuestionarse si tal exigencia rige para todo el suelo urbano, o exclusivamente para los terrenos que adquieren dicho carácter por estar dotados de los servicios urbanísticos básicos. Según la interpretación de ALONSO FERNÁNDEZ (2010: 118) la integración en la malla urbana constituye un requisito adicional a los tradicionales de consolidación por la edificación y urbanización, de manera que resulta aplicable para todo el suelo urbano. Esta misma interpretación es la que se establece en la mayoría de las normas urbanísticas autonómicas, que no diferencian entre los diversos supuestos del suelo urbano al imponer el requisito de la integración en la malla urbana (27).

(27) Así Aragón: Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón (BOA nº 124, 30 de junio de 2009), Galicia: Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (DOG nº 125, 30 de junio de 2008), Islas Canarias: D.Leg. 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (BOC nº 60, 15 de mayo de 2000), Comunidad de Madrid: Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 177, 27 de Julio de 2001), País Vasco: Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (BOPV nº 138, 20-Jul-2006), Castilla y León: Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León (BOCYL nº 70, 15 de abril 1999), Cataluña: D.Leg. 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo (DOGC nº 4436, 28 de julio de 2005) y Andalucía: Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (BOJA nº 98, 24 de mayo de 2006).

Más adelante se sistematizarán las previsiones contenidas en las legislaciones autonómicas sobre la necesidad de la inclusión del suelo urbano en la malla urbana. Sin embargo, conviene apuntar ya en este momento que algunas Comunidades Autónomas establecen dicho requisito exclusivamente para los terrenos que adquieran la condición de urbanos por estar dotados de los servicios urbanísticos básicos. Éstas son Asturias, Cantabria, Comunidad Valenciana, La Rioja, Extremadura y Navarra (28). Tal previsión debe analizarse de forma conjunta con el hecho de que en las autonomías mencionadas el concepto de suelo urbano ha sido reconducido en gran medida al primer supuesto: la existencia de servicios urbanísticos en el terreno que sirvan de manera adecuada y suficiente a la edificación presente y futura que se vaya a desarrollar sobre el mismo. De esta manera, la ausencia de exigencia expresa de este requisito para las otras hipótesis básicas de suelo urbano queda diluida, ya que el mismo concepto de suelo urbano se reconduce en gran medida al de los terrenos que cuenten con los servicios urbanísticos. Asimismo es preciso recordar que la integración del suelo urbano en la malla o trama urbana es un requisito de origen jurisprudencial. Por este motivo, en la mencionada vía jurisprudencial podría exigirse también a los otros supuestos de suelo urbano el cumplimiento del requisito adicional de integración en la malla urbana. Esta argumentación permite salvar asimismo la ausencia de la exigencia de integración del suelo en la trama urbana en las normas urbanísticas de la Región de Murcia y Castilla-La Mancha. (29)

La exigencia de la inclusión del suelo urbano en la malla o trama urbana no se desprende de la literalidad de las disposiciones estatales, sino que —como se ha dicho— ha sido el resultado de la interpretación que de tales preceptos han hecho los tribunales, posteriormente asimilada

(28) Asturias: D.Leg. 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo (BOPA nº 97, 27 de abril de 2004), Cantabria: Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria [BOC nº 132, 10 de julio de 2009], Comunidad Valenciana: Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana (DOGV nº 5167, 31 de diciembre de 2005), La Rioja: Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo [BOLR nº 59, 4 de mayo de 2006], Extremadura: Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (DOE nº 1, 3 de enero de 2002) y Navarra: Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BON nº 43, 4 de abril de 2008).

(29) Murcia: D.Leg. 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (BORM nº 282, 9 de diciembre de 2005) y Castilla-La Mancha: D.Leg. 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM nº 13, 19 de enero de 2005).

por las legislaciones urbanísticas autonómicas (30). Tal y como se acaba de apuntar la jurisprudencia declara que para que un terreno adquiera la condición de urbano no es suficiente que cuente con los servicios urbanísticos básicos en condiciones adecuadas y suficientes para servir a la edificación presente o futura del mismo, sino que resulta asimismo imprescindible que el terreno que se pretende clasificar se integre en la malla urbana. En este sentido puede verse, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2009 (Ar. 360255):

«la clasificación del suelo como urbano obedece a la concurrencia de los siguientes presupuestos legales. En primer lugar, que esté dotado de los servicios que se enumeran en el artículo 8.a) de la Ley 6/1998 —acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica—. En segundo lugar, que dichos servicios sean suficientes y acordes con la edificación por tener las características adecuadas para servir a las obras que sobre él existan o se construyan. Y, en tercer lugar, que el suelo se inserte en la malla urbana, por existir una elemental urbanización en la que encaje, estando definida por unas líneas perimetrales, como remarca la jurisprudencia de esta Sala, al servicio de una red de saneamiento, suministro de agua y energía eléctrica que sea acorde con las necesidades del terreno, de manera que su ubicación no esté completamente aislada o desvinculada del entramado urbanístico» (FJ 3^º) (31).

Algún autor como VICENTE GONZÁLEZ (2007: 397 y 398) equipara la exigencia de inclusión del terreno en la malla urbana con la necesidad de que las dotaciones sirvan para la edificación presente y futura. Según esta interpretación, la exigencia de inclusión en la malla urbana apareció en el artículo 21 a) del Reglamento de Planeamiento y fue posteriormente recogida en el artículo 10 a) del Texto Refundido de 1992. Sin embargo, pese a la clara relación existente entre la inclusión en la malla urbana y la posibilidad de servir a la edificación presente y futura del terreno, considero que ambos son requisitos concurrentes, relacionándose el segundo de ellos con la adecuación y suficiencia de los servicios, mientras que el primero profundiza en la opción del crecimiento compacto de las ciudades y el objetivo de evitar la creación de «islas urbanizadas». Esta interpretación

(30) Véase en relación a la exigencia de la inserción en la malla urbana por interpretación jurisprudencial RAZQUIN LIZARRAGA (2007: 73-77), y sobre la exigencia de este requisito en las Comunidades Autónomas este mismo autor (2007: 186-190).

(31) En el mismo sentido pueden verse las SsTS de 17 de julio de 2007 (Ar. 4784) y 23 de diciembre de 2008 (Ar. 380/2009) (FJ 6^º).

se encuentra avalada por la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006 (Ar. 5150) (32) alude con carácter diferenciado a los requisitos de suficiencia de los servicios e inclusión en la malla urbana:

«la «reviviscencia» del viejo Texto de 1976 determina, asimismo, la entrada en juego de los artículos 23 a) del Reglamento de Planeamiento y 2.1.a) del Real Decreto-Ley 16/81, que exigen el requisito de la suficiencia de los servicios urbanísticos para que los terrenos puedan ser considerados como suelo urbano. Este criterio de la suficiencia de los servicios, junto con el de la inserción de los terrenos en la malla urbana, principio recogido expresamente en la exposición de motivos de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, han venido marcando la jurisprudencia de este Tribunal en orden a la clasificación del suelo urbano, de suerte que cuando, como ocurre en el presente caso, los servicios no son suficientes para la edificación que haya de construirse, o siéndolo no estén insertos en la referida malla urbana, esta Sala viene negando a tales terrenos la consideración de suelo urbano» (FJ 6º).

Asimismo, para avalar la diferenciación existente entre la exigencia de integración del terreno en la malla o trama urbana y el supuesto de clasificación como urbano de los terrenos que cuenten con los servicios urbanísticos básicos es útil acudir a la definición de malla urbana que realiza la jurisprudencia (33). La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 (Ar. 4265), es una de las primeras que, integrando los pronunciamientos anteriores, definió qué debe entenderse por malla urbana:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias entre otras muchas de 3 octubre y 19 mayo 1995 (RJ 1995\7213) viene afirmando que para que un suelo sea considerado como urbano no basta con que simplemente esté dotado de acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas residuales y suministros de energía eléctrica con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre él exista o se construya sino

(32) La mencionada sentencia cita a su vez otros pronunciamientos del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 2003, 27 de junio de 2003, 6 de abril de 2001, 17 de septiembre y 7 de junio de 1999.

(33) La doctrina también se ha pronunciado sobre el alcance de dicho concepto. En este sentido puede verse ALONSO FERNÁNDEZ (2010: 129 y ss.), quien lo analiza de manera conjunta con los conceptos de «trama urbana» —que la legislación gallega (Ley 9/2003) reserva para el suelo urbano consolidado— y «red de dotaciones y servicios propia de los núcleos de población» —expresión contenida en el Texto Refundido de 2008—.

también que el suelo esté insertado en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas líneas perimetrales al servicio de una red de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento que pueda servir al terreno, y que éste, por su situación no esté completamente aislado del entramado urbanístico ya existente.» (FJ 3^º).

Esta definición se reitera sin apenas modificaciones en las sentencias posteriores del Tribunal Supremo, afirmación que se comprueba en la de 4 de abril de 2007 (Ar. 3207), que cita otros pronunciamientos de este Tribunal sobre la inclusión del terreno en la malla o trama urbana:

«En la STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 450), por otra parte, hemos reiterado el concepto que de malla o trama urbana ya se diera en la STS de 7 de junio de 1999 (RJ 1999, 5529): «que el suelo esté insertado en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento de que puedan servirse los terrenos y que éstos, por su situación, no estén completamente desligados del entramado urbanístico ya existente». La misma STS no obstante, con cita de otras anteriores, señala que tal concepto «ha de completarse con otras consideraciones como las que se recogen en la Sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8074), en las que se dice sobre esta cuestión lo que sigue: “De una jurisprudencia reiterada, [...] pueden extraerse un conjunto de afirmaciones susceptibles de ser condensadas en estos términos: las facultades discrecionales que como regla general han de reconocerse al planificador para clasificar el suelo en la forma que estime más conveniente, tienen su límite en el suelo urbano, pues necesariamente ha de reconocerse esa categoría a los terrenos que hallándose en la malla urbana, por haber llegado a ellos la acción urbanizadora, dispongan de servicios urbanísticos (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica) con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, o se hallen comprendidos en áreas consolidadas por la edificación, salvo que la existencia de tales servicios o la consolidación de la edificación hayan tenido su origen en infracciones urbanísticas y aun le sea posible a la Administración imponer las medidas de restauración del orden urbanístico infringido”. Doctrina ratificada por la posterior STS de 27 de abril de 2004 (RJ 2004, 3196)» (FJ 4^º).

El motivo fundamental de la exigencia de la inclusión del terreno en la malla urbana es, en consecuencia, evitar un crecimiento incontrolado de las ciudades, ya sea por la creación de nuevas «islas urbanizadas» o por desarrollos urbanísticos realizados al margen de las previsiones legales

y de las disposiciones del planeamiento. En este sentido, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que motiva la necesidad de que se incluya el suelo en la malla urbana como límite al crecimiento incontrolado de las ciudades, como por ejemplo en la sentencia de 30 de junio de 2006 (Ar. 5150):

«En esta misma línea hemos expuesto (SsTS de 3 de febrero y 15 de noviembre de 2003) que “la mera existencia en una parcela de los servicios urbanísticos exigidos en el artículo 78 LS no es suficiente para su clasificación como suelo urbano si aquélla no se encuentra enclavada en la malla urbana. Se trata así de evitar el crecimiento del suelo urbano por la sola circunstancia de su proximidad al que ya lo es, pero con exoneración a los propietarios de las cargas que impone el proceso de transformación de los suelos urbanizables. Y la propia sentencia recurrida reconoce claramente que la parcela en cuestión no se halla enclavada en la trama urbana”» (FJ 6º).

Asimismo, el control del crecimiento de las ciudades a través de la exigencia de inclusión en la malla urbana se relaciona con la necesidad de que los servicios estén insertos en redes públicas. Dicho requisito se impone de manera diferenciada a cada uno de los servicios urbanísticos básicos, atendiendo a su finalidad específica. Así, resulta claro que el acceso rodado debe estar insertado en la malla urbana. Tal exigencia se entiende por el carácter de esta dotación, que responde al objetivo de que las nuevas urbanizaciones sean coherentes con la ciudad existente, respondiendo a un crecimiento compacto que evite, siempre que sea posible, la creación de nuevas islas de urbanización, con la salvedad de las urbanizaciones aisladas previstas como tales en los instrumentos de planeamiento. Acogiendo y especificando este criterio, las normas autonómicas requieren que el acceso rodado se integre en la malla o trama urbana, como por ejemplo en Aragón (Ley 3/2009), Castilla y León (Ley 5/1999) y La Rioja (Ley 5/2006); o establecen la necesidad de compaginar la colindancia de los terrenos con vías perimetrales con la obtención de una autorización administrativa de acceso rodado, tal y como se establece en la normativa de Navarra (Ley Foral 35/2002).

No se exige, sin embargo, que los servicios de abastecimiento de aguas o suministro de energía eléctrica estén integrados de manera efectiva en las redes generales o municipales, sino que resulta suficiente con la existencia de una red cercana al terreno, en condiciones de utilización efectiva por los particulares. Dicha cercanía suele concretarse en que

la vía a que dé frente la parcela que se pretenda clasificar como suelo urbano disponga de este servicio desarrollado de manera que sea viable la conexión a la red en el momento en el que la edificación lo precise, sin requerir de más obras adicionales que las de acometida o enganche. Finalmente, para la prestación del servicio de evacuación de las aguas el sistema aceptado dependerá del tipo de uso que se desarrolle o se pretenda establecer en el terreno. Con carácter general se exige la existencia de una red de alcantarillado, pero en determinados supuestos puede admitirse de forma excepcional la evacuación mediante la utilización de fosas sépticas. Tal es el caso de las normas urbanísticas de Extremadura (Ley 15/2001), las Islas Canarias (D.Leg. 1/2000) y Castilla-La Mancha (D.Leg. 1/2004), que permiten esta modalidad del servicio para conjuntos o unidades constructivas de baja densidad de edificación. Ahondando en esta especialidad, la normativa gallega (Ley 9/2002), al regular el suelo calificado como urbano en proyecto de ordenación del medio rural, establece la posibilidad de que los terrenos dotados de fosas sépticas adquieran, incluso, la condición de solar.

Al inicio de este apartado se ha dicho que las normas autonómicas, al contrario que las disposiciones estatales, sí contienen el requisito de inclusión del suelo urbano en la malla urbana. Sin embargo, tal previsión no se establece de forma homogénea, sino que se pueden delimitar tres bloques o grupos de Comunidades Autónomas en función de su concreta regulación (34):

a) Por un lado se encuentran las que imponen como criterio general o previo exigible para todos los supuestos de suelo urbano la integración del terreno en la trama urbana. Éste es el principio generalmente aceptado en las legislaciones autonómicas, variando la forma de aludir a la urbanización básica constituida por líneas perimetrales al servicio de las redes de servicios. Las Comunidades Autónomas de Aragón (Ley 3/2009) y Galicia (Ley 9/2002) utilizan el término «malla urbana»; en las Islas Canarias (D.Leg. 1/2000), la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001) y País Vasco

(34) Para un análisis más detallado de la regulación autonómica del requisito de inclusión de los terrenos en la malla urbana puede verse RAZQUIN LIZARRAGA (2007: 186-190). Dicho estudio resulta muy ilustrativo, conteniéndose en el mismo la división de las CCAA que se ha seguido en este apartado (con la excepción del supuesto de La Rioja, ya que la dicción literal del artículo 41 de su ley urbanística deja claro que sólo se exige la inclusión en la malla urbana de los terrenos urbanos por contar con los servicios urbanísticos), y recopila las definiciones de malla urbana establecidas en las leyes de las CCAA.

(Ley 2/2006) se refieren a la «trama urbana»; al «núcleo de población» en Castilla y León (Ley 5/1999); al «tejido urbano» y la «conectividad con la trama viaria básica municipal» en Cataluña (D.Leg. 1/2005); y en Andalucía (Ley 7/2002) se utiliza el término de «núcleo de población» en el supuesto de concurrencia de los servicios y la «malla urbana» para la consolidación por la edificación (35).

b) El segundo grupo de legislaciones autonómicas está integrado por aquéllas que omiten la exigencia de integración del terreno en la malla para las parcelas que adquieren la condición de urbano atendiendo al supuesto de inclusión en un área de terreno consolidada por la edificación. Estas Comunidades Autónomas, sin embargo, sí requieren la inclusión en la malla urbana de los terrenos clasificados como suelo urbano por concurrir en ellos los servicios urbanísticos básicos. Este bloque lo integran Asturias (D.Leg. 1/2004), Cantabria (Ley 2/2001), la Comunidad Valenciana (Ley 16/2005) y La Rioja (Ley 5/2006), refiriéndose todas ellas a la «malla urbana»; Extremadura (Ley 15/2001), que alude al «núcleo de población», y Navarra (Ley Foral 35/2002) que utiliza el concepto de «trama urbana».

c) El tercer grupo lo componen las legislaciones de la Región de Murcia (D.Leg. 1/2005) y Castilla-La Mancha (D.Leg. 1/2004), las cuales omiten totalmente la referencia a la malla urbana como requisito concurrente para la clasificación del suelo como urbano. RAZQUIN LIZARRAGA (2007: 188) explica la omisión de esta referencia en la normativa murciana amparándose en que «se limita a transcribir lo establecido en la Ley del Suelo de 1998». Sin embargo, tal apreciación no parece del todo adecuada, ya que en la regulación de Murcia se impone el requisito de que los servicios tengan características adecuadas para servir a la edificación existente o prevista por el plan, aspecto que no se contiene en la Ley estatal. Además, si en esta Comunidad Autónoma se hubiera querido imponer la necesidad de la integración del suelo urbano en la malla urbana se podría haber aprovechado para ello la aprobación de su Texto Refundido en 2005. En el supuesto de Castilla-La Mancha el mencionado profesor explica que la ausencia de ese requisito se debe al diverso sistema de clasificación del suelo empleado en esta Comunidad Autónoma.

(35) Pese a la diversa denominación utilizada por las CCAA, todas ellas —trama o malla urbana, tejido urbanístico, núcleo de población— responden a una misma realidad.

Antes de finalizar la referencia al criterio de inclusión de los terrenos en la malla urbana como requisito fundamental para su clasificación como suelo urbano, es preciso matizar un aspecto de esta exigencia en relación a la cohesión y el crecimiento controlado de las ciudades. Se ha apuntado que uno de los objetivos de exigir la integración de los terrenos en la malla o trama urbana para que adquieran la condición de solar es evitar que surjan asentamientos urbanos separados del resto de la ciudad. Sin embargo, tal afirmación no implica que todas las urbanizaciones aisladas sean ilegales o contrarias a las normas urbanísticas. Los instrumentos de planeamiento pueden haber previsto la creación de urbanizaciones cerradas, distantes del núcleo de la ciudad, por lo que se deberá atender a las circunstancias de cada caso concreto para determinar la conformidad de tales desarrollos urbanísticos con las previsiones legales y con las disposiciones contenidas en los planes que resulten aplicables. Esta interpretación se encuentra amparada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por citar un ejemplo, en su sentencia de 20 de junio de 2001 (Ar. 6102), deniega la clasificación como urbano del terreno de autos, pero acepta la posibilidad de que las urbanizaciones aisladas adquieran esa clasificación urbanística:

«Es verdad lo que afirma el recurrente. Son conocidas las urbanizaciones aisladas cuya naturaleza de suelo urbano es innegable. Pero tales urbanizaciones responden a una decisión concreta, precisa y consciente del autor del planeamiento, dirigida a crear suelo urbano donde considera necesario que sea éste creado aunque se encuentren alejadas del núcleo de población. No puede admitirse, por el contrario, que sean los particulares quienes, contra las decisiones administrativas, creen suelo urbano por mucho que lleguen a tener los servicios urbanísticos que la ley prevé» (FJ 5^º).

2. El requisito formal impuesto por la legislación autonómica: la inclusión del suelo urbano en un instrumento de planeamiento

La necesidad de sanción formal de la clasificación del terreno como urbano no ha sido un requisito constante e invariable en las sucesivas normas estatales. La Ley de Reforma de 1975 impuso la necesidad de que los instrumentos de planeamiento urbanístico incluyeran entre sus previsiones la clasificación de los terrenos como suelo urbano. Tal previsión se mantuvo en el Texto Refundido de 1992, pero el artículo 8 de la Ley

del Suelo de 1998 obvió este requisito, suprimiendo la previsión contenida en las normas estatales anteriores (36). Finalmente, la última norma estatal con incidencia en esta materia, el Texto Refundido de 2008 —que incorpora el contenido de la Ley de Suelo de 2007— ha ido todavía más allá, prescindiendo de la clasificación del suelo como técnica urbanística y, en consecuencia, no establece entre sus disposiciones el régimen jurídico de dicha técnica tradicionalmente utilizada en España. No obstante, la ausencia de esta previsión legal, ha tenido escasa relevancia práctica, ya que las legislaciones autonómicas han mantenido tanto la clasificación del suelo como el aspecto específico de la misma que estamos analizando, es decir, el requisito formal de inclusión del terreno en algún instrumento de planeamiento.

En todo caso, la doctrina valoró de diversa manera la ausencia de este requisito formal en la Ley del Suelo de 1998, mantenida en la legislación estatal actualmente vigente, fundamentalmente porque en otros aspectos la Ley de 1998 sí es continuista respecto de sus predecesoras. Tal opinión es expuesta por OTAZU AMÁTRIAIN (2002: 240) quien parece mostrar su sorpresa ante este cambio de criterio:

«La LRSV, que obviamente sigue manteniendo el papel del planeamiento como instrumento mediante el que aplicar a los concretos suelos la clasificación correspondiente, que en definitiva va a cualificar su estatus y definir su régimen jurídico, se aparta del proceso clasificador que resultaba de los precedentes legislativos, incluso de la propia LS/56 y por supuesto del TRLS/76, del que en otras ocasiones, sin embargo, parece considerarse deudora».

Entre los argumentos a favor de exigir que el suelo urbano se incluya expresamente como tal en un instrumento de planeamiento, es decir, de imponer un requisito formal a dicha tipificación, se encuentra la consideración de que el urbanismo debe responder a un desarrollo programado y racional de las ciudades, evitando el crecimiento de las mismas según el antojo o los intereses particulares de los propietarios o de los promotores. Por otro lado, mediante la delimitación del suelo urbano en el planeamiento se evita la creación de nuevas urbanizaciones ilegales que, de otra manera, ocuparían suelos inadecuados o incompatibles con el interés general. A esto se añade la función ordenadora del planeamiento, que puede ajustar las previsiones o requisitos para cada área en concreto, ocasionando de

(36) Sobre este aspecto se puede ver NAGORE SORABILLA (2002: 255).

esta manera un urbanismo mucho más real y conforme al territorio que se desarrolla.

Sin embargo, no todas las opiniones son favorables a la sanción formal de la clasificación del suelo urbano por el planeamiento. En este sentido se contraponen el carácter reglado del suelo urbano frente a las disposiciones del planeamiento, que dependen del criterio de oportunidad (política, en muchos casos) de la Administración competente. Por este motivo, si la clasificación del suelo se hace depender de su inclusión en el instrumento de planeamiento, el resultado podría ser discrecional o arbitrario, además de contrario al interés general. Según el mencionado criterio, SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ (2005: 365 y 366) defienden que si un terreno presenta las condiciones de desarrollo adecuadas —adquiridas conforme a la ley— debe clasificarse como suelo urbano, independientemente de lo que en relación al mismo disponga el planeamiento. Esta interpretación entronca con la mantenida por GONZÁLEZ PÉREZ (1998: 160), quien considera que la ausencia del requisito legal de la inclusión del terreno en un instrumento de planeamiento puede interpretarse como la plasmación de la fuerza normativa de lo fáctico que rige en el suelo urbano, primando la realidad del terreno sobre las previsiones contenidas en el instrumento de planeamiento. En este sentido, el mencionado profesor destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1979 (Ar. 4258), que otorga la tipificación de urbano a un terreno que en el Plan General figuraba como rústico, ya que el mismo se encuentra en una zona completamente edificada, a excepción del terreno objeto del recurso, que da a una vía con los servicios mínimos.

Otros autores también se pronuncian a favor de la ausencia del requisito formal para la clasificación del suelo urbano. Entre éstos puede citarse a JIMÉNEZ LUNA (1982: 67 y 68) o a GRAU ÁVILA (1998: 124 y 125), que denuncian la arbitrariedad con la que podría actuar el planificador en el caso de que se exigiera este requisito formal como condición *sine qua non* del suelo urbano. En efecto, si tal tipificación del suelo pudiera depender de la decisión de la Administración, y ésta fuera contraria a otorgar esa condición al suelo, podría retrasar indefinidamente la redacción o la modificación del instrumento de planeamiento, dejando por lo tanto sin efecto la clasificación del terreno como urbano, pese a que pudieran concurrir en el mismo las características necesarias para ostentar tal condición. Por su parte, LASO MARTÍNEZ (1982: 76-79), tras valorar conjuntamente los criterios formal, real y residual de clasificación del suelo, concluyó —en

opinión que comparto— que el requisito formal resulta imprescindible para tipificar el terreno, pero que en el suelo urbano el criterio que rige más directamente es el real; de tal manera que en caso de conflicto primarán las circunstancias fácticas del terreno sobre la previsión o tipificación realizada en el plan.

Lo dicho hasta el momento se debe matizar con las previsiones contenidas en las legislaciones autonómicas. Al ostentar las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de urbanismo están asimismo habilitadas para establecer los requisitos que deben concurrir en los terrenos para ser clasificados como suelo urbano, así como para determinar el instrumento de planeamiento que deberá sancionar, en su caso, la clasificación del suelo urbano.

Más de la mitad de las normas autonómicas acogen el carácter formal del suelo urbano, exigiendo su inclusión en algún instrumento de planeamiento; siendo éste habitualmente el planeamiento general o territorial. Las normas de las Islas Canarias (D.Leg. 1/2000), Cantabria (Ley 2/2001), Galicia (Ley 9/2002) y País Vasco (Ley 2/2006) establecen la necesidad de que la clasificación del suelo se sancione por el plan o planes generales, disponiendo este mismo requisito para todos los supuestos de suelo urbano en Extremadura (Ley 15/2001) (37) —Plan General Municipal—, Andalucía (Ley 7/2002) —Plan General de Ordenación Urbanística y, en su caso, el Plan de Ordenación Intermunicipal—, Castilla-La Mancha (D.Leg. 1/2004) —planeamiento territorial y urbanístico—, Cataluña (D.Leg. 1/2005) —planeamiento urbanístico— y la Región de Murcia (D.Leg. 1/2005) —planeamiento urbanístico general—.

El resto de Comunidades Autónomas exigen de este requisito formal al supuesto de suelo urbano caracterizado por contar el terreno con los servicios urbanísticos básicos, pero mantienen la necesidad de la sanción formal para el supuesto de consolidación por la edificación. Es el caso de Aragón (Ley 3/2009), Asturias (D.Leg. 1/2004), Castilla y León (Ley 5/1999), La Rioja (Ley 5/2006), la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001) y la Comunidad Valenciana (Ley 16/2005), refiriéndose todas ellas al planeamiento general como instrumento aplicable en su caso. De esta

(37) En esta Comunidad Autónoma la clasificación del suelo siempre se lleva a cabo por el planeamiento urbanístico, hasta el punto de que su legislación urbanística no regula la clasificación de suelo en municipios que carezcan de instrumentos de planeamiento urbanístico. Ver en este sentido MELÓN MUÑOZ (2007: 217).

manera se observa, tal y como se dijo al inicio de este apartado, que la ausencia del requisito formal del suelo urbano en la legislación estatal no tiene una gran relevancia práctica, puesto que dicho requisito se impone en todas las Comunidades Autónomas, ya sea para los tres supuestos del suelo urbano, o eximiendo al caracterizado por concurrir en el terreno todos los servicios urbanísticos básicos.

3. La carga de la prueba de los supuestos exigidos para clasificar el suelo como urbano

El planeamiento urbanístico tipifica los terrenos, incluyendo cada uno de ellos en una clase de suelo a la cual se aplica un régimen jurídico determinado. Al llevar a cabo esta actividad no es preciso que el planificador motive sus decisiones en el sentido de que deba argumentar la inclusión de cada una de las parcelas en una u otra clase de suelo pues, si bien es cierto que la memoria de los planes exterioriza las razones que justifican el modelo territorial elegido y, en consecuencia, las determinaciones del planeamiento, hay que remitir estas afirmaciones a las concretas previsiones de los planes (38). No resulta necesario, por lo tanto, que el plan declare expresamente la concurrencia de los servicios urbanísticos en el terreno, ni que los enumere, tal y como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1992 (Ar. 6166) (39). Además, el carácter reglado del suelo urbano y la fuerza normativa de lo fáctico que rige su tipificación implican que es suficiente con que la clasificación responda a la realidad física del terreno. Sin embargo, en los supuestos de disconformidad con la tipificación del plan será fundamental la prueba conducente a demostrar, o desmentir, la existencia en cada terreno de las condiciones que determinan su clasificación como suelo urbano (40).

(38) Sobre este aspecto puede verse GARCÉS SANAGUSTÍN y BARTOLOMÉ NAVARRO (2003: 185).

(39) En el mismo sentido se pronuncia la STJ Cataluña de 4 de octubre de 1999 (RJCA 3278).

(40) La prueba puede tener una importancia esencial en la tipificación final de un terreno, ocasionando clasificaciones del suelo diversas ante casos aparentemente muy similares, como podría ser el caso de dos terrenos que contaran con los cuatro servicios urbanísticos básicos pero que en uno de ellos no fueran adecuados o suficientes a la edificación que sobre el mismo exista o se haya de construir. Este criterio queda además reflejado en abundante jurisprudencia, de la cual son muestra las SsTS de 16 de diciembre de 1998 (Ar. 10106), 17 de junio de 1997 (Ar. 5356), y 3 de diciembre de 1994 (Ar. 10473).

Con carácter general, la prueba de lo alegado, en este caso la concurrencia o la ausencia de los requisitos legales que determinan la clasificación del terreno como urbano, corresponde al particular que no está de acuerdo con la tipificación que el plan ha otorgado a su terreno. Esta prueba será relativamente sencilla, puesto que se trata de demostrar, por ejemplo, que el terreno está dotado de acceso rodado, suministro de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o, en el caso de que se pretenda acceder a la condición de urbano mediante el segundo supuesto de este tipo de suelo, que el terreno se ubica en un área de edificación consolidada cumpliendo con el porcentaje mínimo de consolidación.

Sin embargo, para que un terreno adquiera la condición de urbano no es suficiente que en el mismo concurren los servicios urbanísticos, sino que éstos deben tener las condiciones adecuadas para servir a la edificación existente y futura; han debido obtenerse de acuerdo con las previsiones legales y con el modelo trazado en el instrumento de planeamiento que resulte aplicable; y el terreno se debe integrar en la trama urbana. Entre estos requisitos concurrentes resulta especialmente complicado para los particulares demostrar la suficiencia y adecuación de los servicios. Para justificar este extremo se debe acudir a pruebas periciales y documentales, para las que la Administración goza de más facilidad, puesto que dispone de medios más numerosos y avanzados, y conoce la utilización que se va a otorgar a cada parcela.

Tales aspectos se contienen y valoran en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 (Ar. 5335) (41), en la que se establece que el apelante debe probar la existencia de los servicios, circunstancia que se lleva a cabo mediante la certificación del Ayuntamiento, mientras que es la Administración la que deberá probar, en su caso, la insuficiencia de los mismos.

«De acuerdo con dicho criterio y doctrina jurisprudencial resulta en el caso que —como también aprecia la sentencia recurrida— la parte demandante logró probar cumplidamente en primera instancia la existencia en el solar en discusión —perfectamente integrado en el entramado urbano, y único que se encuentra sin edificar en la calle Avendaño de Córdoba— de todos los servicios previstos en el artículo 78, a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, según el informe de circunstancias urbanísticas aportado. La insuficiencia de

(41) El mismo contenido se reitera en el FJ 5º de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1997 (Ar. 309).

los servicios de agua, electricidad y alcantarillado era de más fácil prueba para la Administración que para el administrado. Pero, pese a ello, ni el Ayuntamiento de Córdoba ni la Junta de Andalucía han promovido la actividad probatoria adecuada para dar consistencia a sus alegaciones sobre la insuficiencia de servicios, lo que lleva a desestimar los recursos de apelación que nos ocupan» (FJ 3^º).

La doctrina general sobre la carga de la prueba expone que la acreditación de la veracidad de las afirmaciones debe llevarla a cabo el que se beneficiará de las mismas. Sin embargo, la aplicación del principio de buena fe procesal en atención al criterio de mayor facilidad de la prueba produce la inversión de la carga de la prueba. De esta manera, la carga material de probar no recae necesariamente sobre el que invoca un hecho y lo aporta al debate, sino sobre aquél al que resulta objetivamente más fácil demostrar un dato fáctico. Este criterio plasmado en el supuesto que nos ocupa significa que corresponderá a la Administración justificar que los servicios presentes en el terreno —cuya existencia habrá debido probar previamente el particular— no son adecuados para la edificación del área en cuestión (42).

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1991 (Ar. 9383) recoge y sintetiza la mencionada doctrina de la inversión de la carga de la prueba que rige para la acreditación de la incorrecta clasificación de un terreno:

«Una reiterada jurisprudencia viene poniendo de relieve que la presunción de legalidad del acto administrativo traslada al administrado la carga de accionar para impedir que se produzca la figura del acto consentido pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales —Sentencias 29 de enero y 13 y 19 de febrero de 1990 (RJ 1990\357,

RJ 1990\965 y RJ 1990\1322), etc.—.

La doctrina general sobre la carga de la prueba, elaborada por inducción sobre la base del art. 1214 del Código Civil, puede resumirse indicando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. Pero esta doctrina ha de ser matizada, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal —art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, con el criterio de la facilidad: existen

(42) Respecto a esta materia resulta de interés el estudio que se realiza en MELÓN MUÑOZ (2007: 206 y 223-224) donde se citan ejemplos de sentencias que plasman estos criterios.

datos cuya prueba resulta fácil para una parte y difícil para la otra lo que puede matizar y hasta alterar los resultados de la regla general.

Así las cosas, será de señalar: A) El en su día demandante ha acreditado la concurrencia de los servicios previstos en el art. 78,a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, incluso el del abastecimiento de agua -folio primero del expediente, párrafo último-, como con acierto advierte la sentencia apelada cuyos razonamientos se dan por reproducidos, siendo de añadir que del art. 83.3.3.º de dicho Texto Refundido deriva la clara viabilidad de las obras de urbanización en suelo urbano, dentro de las cuales son perfectamente subsumibles las conexiones con las redes generales.

B) La suficiencia de tales servicios —art. 21,a) del Reglamento de Planeamiento— es de prueba más fácil para la Administración que para el administrado. Y así en el supuesto litigioso, probada la «existencia» de dichos servicios, la Administración no ha acreditado su «insuficiencia» —en esta línea, Sentencias de 29 de mayo y 23 de junio de 1987 (RJ 1987\5896 y RJ 1987\6525), 5 y 19 de febrero de 1990 (RJ 1990\942 y RJ 1990\1322), etc.— (FJ 2º).

Además de la determinación del sujeto responsable para llevar a cabo la actividad probatoria, es preciso recordar que el momento procesal en el que dicha prueba se debe llevar a cabo es en el procedimiento contencioso-administrativo. El recurso de casación no es una segunda instancia que posibilite a los recurrentes un nuevo estudio de los hechos enjuiciados por el Tribunal de instancia, sino que tales datos se considerarán cuestiones probadas, sólo susceptibles de nuevo examen en supuestos excepcionales, tal y como manifiesta el Tribunal Supremo en sus sentencias de 20 de marzo de 2003 (Ar. 2913) y 18 de marzo de 2003 (Ar. 2865), mencionadas por RAZQUIN LIZARRAGA (2007: 69). La imposibilidad de reiniciar una fase probatoria en el recurso de casación se recoge, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2000 (Ar. 4374), la cual expone:

«el Tribunal de instancia da como probado que «no puede deducirse que la parcela en cuestión se inserte en la malla urbana», y si no se inserta es que no lo está en absoluto. Y ésta es una cuestión de hecho que no puede ser discutida en casación como no sea alegando la infracción de aquellas normas escasas que otorgan eficacia probatoria privilegiada a ciertos medios de prueba, lo que no es el caso» (FJ 7º).

4. Un hecho jurídicamente constatado: la tendencia reductora del suelo urbano

De lo visto hasta el momento en relación con el suelo urbano y los supuestos que delimitan esta clase de suelo se pueden extraer dos premisas o afirmaciones básicas. Por un lado, la preeminencia del criterio de urbanización por contar el terreno con los servicios urbanísticos básicos y, por otro, la tendencia reductora a la que está sometida esta clase de suelo, especialmente en las legislaciones autonómicas y en las últimas normas estatales. Esta corriente limitadora ha llegado hasta el punto de que el reciente Texto Refundido de 2008 incluye en la situación de suelo urbanizado los terrenos que según las regulaciones anteriores tendrían la condición de solar. Esto ha llevado a algunos autores, como VICENTE GONZÁLEZ (2007: 396) a proponer una reforma de esta clase de suelo:

«En este sentido podemos afirmar que lo que entendemos en estos momentos por suelo urbano, desde el punto de vista de la clasificación del suelo, debe necesariamente cumplir los parámetros correspondientes a la situación básica de suelo urbanizado, referidos al estatuto básico de la propiedad del suelo, y todo ello a salvo de las matizaciones que podamos efectuar en cuanto al suelo urbano no consolidado».

La interpretación restrictiva se encuentra motivada por el intento de excluir de la clasificación como suelo urbano todos los terrenos que no ostenten de manera clara los requisitos para tipificarse como tales, decantando a favor del suelo urbanizable los supuestos dudosos. El fundamento de este criterio radica en la posibilidad de exigir a los propietarios o promotores las cargas de urbanización que rigen para el suelo urbanizable —y el suelo urbano no consolidado—, pero no en el suelo urbano consolidado. La Ley del Suelo de 1998 equiparó el régimen jurídico del suelo urbano no consolidado y el del suelo urbanizable delimitado, exigiendo en ambos supuestos las cargas de urbanización, y diferenciando estos dos tipos de suelo del urbano consolidado. En consecuencia, la clasificación como urbano perdió relevancia, siendo lo fundamental la categoría de suelo de que se trate.

Al margen de dichas previsiones sobre el régimen jurídico de cada categoría del suelo, el legislador autonómico ha limitado el concepto de suelo urbano a través de diversas técnicas. Por un lado, mediante la imposición del criterio formal para la clasificación como urbano de un terreno,

vinculándose su tipificación a la inclusión del mismo en un instrumento de planeamiento urbanístico vigente, que puede contener requisitos adicionales a los establecidos en la ley. Por otro lado, la reducción del suelo urbano se produce mediante el requisito de integración de los terrenos en la malla urbana como condición adicional para todos los supuestos de suelo urbano que, como quedó dicho, es el criterio adoptado en más de la mitad de las Comunidades Autónomas. También incide en la tendencia reductora la exigencia de que los servicios urbanísticos se presten mediante redes de servicios y que los mismos concurren en condiciones adecuadas para servir a la edificación que exista o se haya de construir en el terreno. Finalmente, y como supuesto claramente definitivo del carácter restringido que el suelo urbano tiene hoy en día, es preciso aludir a la actual configuración y aplicabilidad del segundo supuesto de suelo urbano. Muchas Comunidades Autónomas añaden a la exigencia de consolidación por la edificación en un porcentaje adecuado otros requisitos, como la necesaria concurrencia de servicios urbanísticos, de tal manera que este supuesto de suelo urbano pierde su vigencia y su carácter alternativo.

Quizá la mejor forma de apreciar esta tendencia reductora sea la cita de los preceptos de las Comunidades Autónomas que reflejan de manera más clara esta limitación. En primer lugar considero adecuado aludir a la Ley Urbanística de la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001). En esta norma, el primer supuesto de suelo urbano (Artículo 14.1 a) lo constituyen los solares aptos para la edificación o construcción y completamente urbanizados, por tener pavimentadas las calzadas, y soladas y encintadas las aceras de las vías urbanas municipales a que den frente y contar, como mínimo, con los servicios de abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales, suministro de energía eléctrica y alumbrado público conectados a las correspondientes redes públicas. El segundo supuesto de suelo urbano regulado en la Ley madrileña es menos exigente, pero igualmente restrictivo:

«Que cuenten con urbanización idónea para la edificación o construcción a que deba otorgar soporte y realizada en grado suficiente, que proporcione, en todo caso, acceso rodado por vía urbana municipal, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica y alumbrado público» (Artículo 14.1 b, Ley 9/2001).

Por su parte, la legislación de Navarra (Ley Foral 35/2002) establece unos criterios para que el terreno adquiera la condición de suelo urbano muy similares a los fijados por la Comunidad de Madrid:

«a) Formar parte de una trama urbana dotada de urbanización idónea que confiera a las parcelas que formen parte de dicha trama la condición de solar.

Reglamentariamente se establecerán los requisitos mínimos que han de reunir los servicios urbanísticos para que puedan considerarse idóneos para servir a las edificaciones o instalaciones previstas por la ordenación urbanística.

b) Ser integrable en la trama urbana a que se refiere la letra anterior por contar con una urbanización que únicamente requiera ser completada mediante obras accesorias a las de edificación o construcción en las parcelas, para que éstas adquieran la condición de solar» (Artículo 92.1).

Siguiendo un criterio similar, aunque todavía más representativo de la reducción del suelo urbano a la condición de solar, la legislación valenciana (Ley 16/2005) determina que son suelo urbano:

«a) Los solares.

b) Las manzanas o unidades urbanas equivalentes que, sin tener la condición de solar, cuentan con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica con capacidad y características adecuadas para dar servicio suficiente a los usos y edificaciones existentes y a los que prevea el planeamiento urbanístico sobre las mismas, siempre que se encuentren integradas en la malla urbana.

c) Las manzanas o unidades urbanas equivalentes que tengan edificación construida conforme al planeamiento urbanístico en más de la mitad de su superficie» (Artículo 10.1).

Finalmente es preciso mencionar la legislación de Castilla-La Mancha (D.Leg. 1/2004), paradigmática de la tendencia reductora que se viene exponiendo. En esta Comunidad Autónoma se asimilan el suelo urbano y los solares, tipificando como suelo urbanizable los terrenos que en otras autonomías tienen la condición de suelo urbano no consolidado. El artículo 45.1 de esta Ley, referido al suelo urbano en los municipios con plan de ordenación municipal, dispone que pertenecerán al suelo urbano:

«A. Los terrenos que el planeamiento territorial y urbanístico adscriba a esta clase legal de suelo, mediante su clasificación, por:

a. Estar ya completamente urbanizados por contar, como mínimo y en los términos que se precisen en las correspondientes Instrucciones Técnicas del Planeamiento, con los servicios legalmente precisos para la condición de solar o, estar parcialmente urbanizados por faltar, bien alguna obra de urbanización, bien la cesión de la superficie de suelo cuyo destino sea el de espacio público como consecuencia de modificación de alineaciones, siempre

que la deficiencia sea subsanable mediante la ejecución de un proyecto de urbanización simplificado de los previstos en el último párrafo del número 3 del artículo 111 de esta Ley, simultánea a la del proyecto de edificación.

b. Estar integrados en áreas ya ocupadas por la edificación al menos en las dos terceras partes del espacio servido efectiva y suficientemente por las redes de servicios a que se refiere la letra anterior y delimitadas, bien por Zonas de Ordenación Urbanística, bien por núcleos de población, en la forma que precisen las correspondientes Instrucciones Técnicas de Planeamiento.

B. Los terrenos que, reuniendo las condiciones exigidas a las parcelas, adquieran la condición de solares por haber sido urbanizados en ejecución del planeamiento territorial y urbanístico y de conformidad con sus determinaciones».

La conclusión que se extrae de la lectura de los preceptos apuntados es la constatación de la tendencia reductora del suelo urbano en las legislaciones urbanísticas autonómicas que, en no pocas ocasiones, llegan a equiparar esta clase de suelo con los solares (que responden a un grado de desarrollo mucho mayor). Esta forma de interpretar el suelo urbano se ha plasmado asimismo en las últimas normas estatales: la Ley de Suelo de 2007 (ya derogada) y el Texto Refundido de 2008 (que incorpora el contenido de la norma anterior).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto en el presente trabajo se concluye la necesidad de delimitar los criterios generales que deben concurrir en el suelo para que adquiera la condición de urbano. Al margen de las características específicas que deben constatarse en los terrenos para conformar las distintas hipótesis básicas del suelo urbano, la regulación de esta clase de suelo —tanto estatal como autonómica— y los pronunciamientos jurisprudenciales que determinan su correcta interpretación han formulado una serie de requisitos que deben estar presentes para que el suelo adquiera la condición de urbano. Dichas notas esenciales permiten extraer el contenido intrínseco de este tipo de suelo, así como conocer su naturaleza.

El primero de estos criterios generales es la integración del suelo en la malla urbana. No afecta al carácter esencial de este requisito el hecho de que algunas Comunidades Autónomas vinculen esta circunstancia exclusivamente a los terrenos que adquirirán la condición de urbanos por contar con los servicios urbanísticos básicos ya que, por un lado, se trata de un

criterio de origen jurisprudencial, de manera que los Tribunales podrían exigirlo igualmente para el resto de terrenos pese a carecer de previsión legal específica en ese sentido. Por otro lado, porque la reducción que está experimentando el concepto de suelo urbano tiene como consecuencia la preeminencia de la existencia de los servicios urbanísticos como criterio de clasificación frente al resto de hipótesis básicas del suelo urbano y, en consecuencia, las condiciones que rigen este supuesto adquieren una relevancia mayor.

Otro de los requisitos exigidos con carácter general para el suelo urbano es la transformación urbanística del terreno. Dicha exigencia, basada en el carácter fáctico de este tipo de suelo, se plasma en la necesidad de probar su efectivo desarrollo en el supuesto de que éste se ponga en duda. La Administración goza de la potestad de planeamiento, por lo que la prueba corresponderá con carácter general al particular que cuestiona la decisión de la Administración. Sin embargo, en el supuesto de que se haya de constatar la adecuación y suficiencia de la urbanización del terreno o de su grado de edificación en relación a su destino presente o futuro, por el principio de buena fe procesal en atención al criterio de mayor facilidad se invertirá la carga de la prueba. En consecuencia, el particular deberá probar la efectiva transformación del terreno, pero la prueba de su inadecuación o insuficiencia corresponderá a la Administración.

El último requisito general del suelo urbano se relaciona con el anterior. Es preciso que el desarrollo del terreno sea intencional. Tal afirmación implica que con carácter previo al desarrollo urbanístico del terreno ha debido mediar la voluntad de la Administración encaminada a operar dicha transformación de la ciudad. Por este motivo, no adquirirán la condición de urbano los terrenos que eventualmente puedan gozar de las condiciones expuestas en las hipótesis básicas del suelo urbano, pero lo hagan al margen de las previsiones del planeamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki (2007): «Reflexiones sobre el artículo 149.1.1 de la Constitución: la Clasificación del suelo y la imposible igualdad en el ejercicio del derecho a la propiedad urbanística» en *Arquitectura, Ciudad y Territorio*, Volumen 1, núm. 3, febrero 2007. Páginas 87-117.

- ALONSO FERNÁNDEZ, Antonio (2010): «Aproximaciones técnicas a los conceptos de «malla urbana», «trama urbana» y «red de dotaciones y servicios propia de los núcleos de población»» en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 256. Páginas 117-144.
- BAÑO LEÓN, José María (2009): *Derecho Urbanístico Común*. Madrid, Iustel, 568 páginas.
- BASSOLS COMA, Martín (1973): *Génesis y Evolución del Derecho Urbanístico Español (1812-1956)*. Madrid, Ed. Montecorvo, 638 páginas.
- BEATO ESPEJO, Manuel (1992): «La ordenación urbanística: función social: La clasificación y calificación del suelo» en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 10, 1992, páginas 11-36.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (2007): «Clasificación y calificación del suelo» en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.): *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Navarra, Ed. Thomson Aranzadi, 1384 páginas. Páginas 387-392.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio (1965): *El derecho y la obligación de edificar (Registro de solares y licencia de obras)*. Madrid, Ed. Montecorvo, 349 páginas.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel y BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis (2003): «El planeamiento urbanístico» en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Dir.): *Estudio sistemático de la Ley Urbanística de Aragón. Ley 5/1999, de 25 de marzo*. 2 volúmenes. Zaragoza, Ed. Cortes de Aragón, 883 páginas. Páginas 167-252.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1958): «La Ley del suelo y el futuro del urbanismo», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XI, fascículo 2, Abril-junio 1958, Madrid. Páginas 485-510.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano:
— (1979): *Lecciones de Derecho urbanístico I*. 1ª Edición, 2 tomos. Madrid, Ed. Civitas. Tomo 1. Madrid, Ed. Civitas, 459 páginas.
— (1981): *Lecciones de Derecho Urbanístico*. 2ª Edición, obra refundida. Madrid, Editorial Civitas, 908 páginas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1998): *Comentarios a la ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, Ley 6/1998, de 13 de abril*. Madrid, Ed. Civitas, 918 páginas.

- GRAU ÁVILA, Sebastián (1998): «El suelo urbano en la 6/1998 sobre régimen del suelo y valoraciones», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 163, julio-agosto 1998. Páginas 123-136.
- IRIBARREN GOICOECHEANDÍA, Maite (1984): *La calificación de solar como requisito de la edificación*. Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 278 páginas.
- JIMÉNEZ LUNA, Pedro Álvaro (1982): «La clasificación urbanística del suelo en la adaptación transitoria del planeamiento general (en torno al Real Decreto-Ley de 16 de octubre de 1981)» en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 77; marzo-abril 1982. Páginas 49-82.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis (1982): *Derecho urbanístico III. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*. Madrid, Ed. Montecorvo, 549 páginas.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2009): *Introducción al Derecho Urbanístico*. 3^ª edición. Madrid, Ed. Marcial Pons, 223 páginas.
- MELÓN MUÑOZ, Alfonso (Dir. 2007): *Memento Práctico Francis Lefebvre. Urbanismo 2007*. Madrid, Ediciones Francis Lefebvre. 1942 páginas.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel:
- (2006): «La clasificación del suelo en la ley de 1956: precedentes y secuelas» en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 225, Abril 2006. Número especial con motivo del cincuentenario de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956. Páginas 159-184.
 - (2009): «Urbanismo sostenible y clasificación del suelo: legislación estatal y autonómica» en *Revista catalana de dret públic*, núm. 38, 2009 (Ejemplar dedicado a: Dret a l'habitatge, urbanisme i cohesió social), páginas 119-145.
- NAGORE SORABILLA, Héctor Miguel (2002): «Artículo 8. Suelo urbano» en ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (Coord.): *Comentarios a la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*. 2^ª edición. Navarra, Ed. Aranzadi, 965 páginas. Páginas 252-266.
- OTAZU AMÁTRIAIN, Blas (2002): «Exégesis del título» [Título II. Régimen Urbanístico de la propiedad del suelo] en ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (Coord.): *Comentarios a la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*. 2^ª edición. Navarra, Ed. Aranzadi, 965 páginas. Páginas 237-246.

- PERALES MADUEÑO, Francisco (1976): «La reforma de la ley del suelo» en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 49, julio-agosto-septiembre 1976. Páginas 13-62.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas (1956): «Discurso del Ministro de la Gobernación (pronunciado ante el Pleno de las Cortes Españolas el día 12 de mayo de 1956)» en *Revista de Estudios de la Vida Local – Instituto de Estudios de Administración Local*. 1956; núm. 88. Páginas 461-576.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^º (2007): *El régimen jurídico del suelo urbano y del nuevo suelo urbanizado*. Navarra, Ed. Thomson Aranzadi, 536 páginas.
- ROMERO SAURA, Fernando (1975): *La calificación urbanística del suelo*. Madrid, Ed. Montecorvo, 381 páginas.
- SANTOS DíEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio:
— (2000): «Clasificación del suelo» en ARMENGOT DE PEDRO, Antonio Vol. Col.: *Régimen del Suelo y Valoraciones. Comentarios a la Ley 6/1998, de 13 de abril*. 2^º edición. Madrid, Ed. El Consultor, 468 páginas. Páginas 77-118.
— (2005): *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, 6^º ed. Madrid, Ed. El Consultor. 1163 páginas.
- TOLOSA TRIBIÑO, César: (2006): *El uso del suelo. Planeamiento urbanístico e intervención administrativa. Doctrina, jurisprudencia, casos prácticos, y formularios*. 2^º edición. Navarra, DAPP, Publicaciones Jurídicas, S.L, 687 páginas.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2006): «Cincuenta años de la Ley del Suelo» en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 225, abril-mayo 2006. Páginas 11-13.
- VICENTE GONZÁLEZ, José Luis de (2007): «El suelo urbano» en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dirs.): *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Navarra, Ed. Thomson Aranzadi, 1.384 páginas. Páginas 393-416.

DEBATES

LA RAZÓN O LA HISTORIA REFLEXIONES EN TORNO AL TÉRMINO NACIONALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y A LAS SUCESIVAS DEFINICIONES DE ARAGÓN EN SU ESTATUTO DE AUTONOMÍA^(*)()**

ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA

SUMARIO: I. EL TÉRMINO NACIONALIDADES EN EL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.- II. LOS DEBATES EN TORNO AL TÉRMINO NACIONALIDAD EN EL PROCESO AUTONÓMICO ARAGONÉS. LA SOLUCIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1982.- III. LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN POR LA LEY ORGÁNICA 5/1996, DE 30 DE DICIEMBRE: LA DEFINICIÓN DE ARAGÓN COMO NACIONALIDAD.- IV. LA LEY ORGÁNICA 5/2007, DE 20 DE ABRIL, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN: ARAGÓN, NACIONALIDAD HISTÓRICA.- V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo se detiene en los debates relativos a la inclusión del término nacionalidades en la Constitución Española de 1978, realizando un análisis del significado y alcance del mismo.

Posteriormente, lleva a cabo un recorrido a lo largo de las sucesivas definiciones que Aragón ha recibido en su norma estatutaria, desde los comienzos a la actualidad.

Finalmente, se emite una valoración crítica del marco y definición actuales, así como una propuesta pensada en una dirección distinta.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de julio de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 24 de septiembre de 2010.

(**) El presente trabajo tiene como origen la intervención con la que, bajo el título de «Aragón, nacionalidad histórica: análisis histórico-jurídico de una definición», participé en la Jornada *El Estatuto de Autonomía de Aragón. Novedades y perspectivas de futuro*, celebrada el 23 de febrero de 2010 en las Cortes de Aragón y organizada por la Asociación de Exparlamentarios de las Cortes de Aragón, a la que reitero aquí mi agradecimiento por su invitación.

Quisiera, asimismo, agradecer los comentarios a este trabajo que, para su publicación, efectuó uno de los evaluadores externos de esta REVISTA.

Palabras clave: Aragón; Constitución Española; España; Estatuto de Autonomía; federalismo; historia; nación; Nación española; nacionalidad; nacionalidad histórica; razón; región.

ABSTRACT: This work stops to look at the debates about the inclusion of the term *nacionalidades* in the 1978 Spanish Constitution, analyzing its meaning and its importance.

Afterwards, it goes through the successive definitions of Aragon in its Statute of Autonomy, from the beginning until nowadays.

Finally, it expresses a critical evaluation of the present framework and definition, besides a proposal with different intentions.

Key Words: Aragon; Spanish Constitution; Spain; Statute of Autonomy; federalism; history; nation; Spanish Nation; nationality; historic nationality; reason; region.

I. EL TÉRMINO NACIONALIDADES EN EL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Artículo 2 de la Constitución Española (CE): La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Durante los trabajos de elaboración de la Constitución Española de 1978, la inclusión del término *nacionalidades* (1) contó con el apoyo de los diputados y senadores de las dos principales formaciones políticas, artífices, en un altísimo porcentaje, del consenso que presidió todo el proceso. Me refiero a la Unión de Centro Democrático (UCD) y al Partido Socialista Obrero Español (PSOE). A esto hubo que sumar el apoyo del Partido Comunista de España (PCE) y de un sector de los nacionalismos periféricos, concretamente y de manera especial, de la minoría catalana. Es más, como recuerda Jordi SOLÉ TURA, hubo un momento —abandonada

(1) Para un seguimiento detallado de los debates constituyentes alrededor de la nacionalidad —tanto en el Congreso de los Diputados, como en el Senado—, vid. RAMÍREZ JIMÉNEZ (1989: pp. 74-81).

Una breve referencia a la posición de cada uno de los grupos políticos se encuentra en CARRERAS SERRA (2006: pp. 35-36).

la ponencia constitucional por parte del PSOE y sometida la UCD a fuertes divisiones y presiones— en que la bandera de las nacionalidades fue defendida en exclusiva, y con carácter irrenunciable, por comunistas y nacionalistas (2).

Extramuros del pacto en torno al término *nacionalidades*, se hallaban dos sectores: los que consideraban escaso este término y los que lo estimaban excesivo. Ejemplo de la primera actitud era la izquierda nacionalista vasca de Euskadiko Ezkerra (EE), Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) y, en buena medida, el Partido Nacionalista Vasco (PNV), favorables al reconocimiento expreso de la plurinacionalidad del Estado español, así como al derecho de autodeterminación.

Muestra de quienes consideraban que el término excedía lo conveniente era Alianza Popular (AP), partidaria de la utilización uniforme del término *regiones*, por entender que la nacionalidad abría la puerta a una futura consumación nacional de estos territorios, que desembocaría en secesión. Desde una posición regionalista —y de especial interés en el ámbito del presente trabajo—, había que entender, asimismo, la opinión del diputado del entonces Partido Aragonés Regionalista (PAR) (3), Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES, que guardaba sin embargo algunas diferencias con la actitud de los conservadores de AP: más que en el peligro de disolución nacional española, GÓMEZ DE LAS ROCES hacía especial hincapié en el agravio y en la discriminación de muchas regiones en las que no se pensaba cuando se hablaba de nacionalidades —su mente estaba, fundamentalmente y como es obvio, en Aragón—, que, ésas sí, habían sido y eran «*regiones expoliadas*», a diferencia de algunas otras a las que no se les podía otorgar tal calificativo, pero en torno a las cuales, no obstante, planeaba el acuerdo más o menos general de que sí podían ostentar una definición en clave de nacionalidad (4). También el senador

(2) Vid. SOLÉ TURA (1985: pp. 97-102).

(3) En 1990, este partido —conservando la sigla PAR— pasó a denominarse Partido Aragonés.

(4) Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES denunciaba aquí, en cierto modo y en un sentido que ya utilizara ORTEGA Y GASSET a comienzos del siglo XX, una realidad que, posteriormente, ha sido catalogada bajo el nombre de *nacionalismo vanidoso*, y que define a aquel nacionalismo ejercido en comunidades que, presentándose como sojuzgadas, gozan sin embargo de altos niveles de bienestar económico y social.

El profesor Carlos GARRIDO ha analizado y puesto de manifiesto el papel que el subdesarrollo y la interpretación del mismo jugaron en el proceso de conformación de la conciencia regional aragonesa, en GARRIDO LÓPEZ (1999: pp. 59-70).

aragonés Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática) se mostraba contrario al término por estimar «que podía producirse una discriminación a favor de las nacionalidades y en contra de las regiones» (5).

El término que nos ocupa quiso presentarse como un punto medio, tratando de lograr uno más de aquellos difíciles equilibrios que jalonaron el proceso constituyente (6). Integradas en la redacción del artículo 2 CE, en el que se reconocía *la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*, las nacionalidades eran, junto con las regiones, los sujetos titulares de un *derecho a la autonomía*, que el propio artículo 2 CE reconocía. De esta manera, el consenso constitucional salvaba la unidad nacional, a la vez que recogía ese derecho a la autonomía. Y al mismo tiempo que, políticamente, se lograba la integración de importantes sectores de los nacionalismos periféricos [pienso, una vez más y sobre todo, en el nacionalismo moderado catalán (7)] y el apoyo de éstos al texto constitucional (8).

Las nacionalidades quedaban así presentadas como un ente a mitad de camino entre las naciones y las regiones; tratando de ser, hablando

(5) Vid. PÉREZ CALVO (2005: p. 38).

(6) Con respecto al artículo 2 CE, ha afirmado Óscar ALZAGA que «(e)stamos en presencia del artículo que encierra la transacción más discutida de cuantas contiene nuestra Constitución», no dudando ALZAGA en señalar como «hombres clave del acuerdo» al diputado nacionalista Miquel ROCA I JUNYENT y al diputado de UCD Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, en ALZAGA VILLAMIL (1978: p. 91).

(7) No se logró, sin embargo, que se sumase al acuerdo el Partido Nacionalista Vasco.

(8) «... este artículo 2, dentro de su complejidad conceptual, es una verdadera síntesis de todas las contradicciones existentes en el período constituyente. En él confluyeron los diversos proyectos políticos, en él se expresaron todas las resistencias, en él se muestra con claridad cuál fue la correlación efectiva de las fuerzas en presencia. Desde el punto de vista político es un auténtico empate entre concepciones diferentes de la nación española. Pero, si bien se mira, en él se dan cita, de manera desordenada, las dos grandes concepciones de España, enfrentadas no sólo en el terreno de las ideas, sino también en el de las armas: la concepción de España como una nación única e indivisible y la concepción de España como un conjunto articulado de pueblos diversos, de nacionalidades históricamente formadas y de regiones. Las dos concepciones se funden para servir de base no ya al Estado centralista tradicionalmente vinculado al concepto de nación única, sino a un Estado de las Autonomías que debe superar las viejas y anquilosadas estructuras del centralismo. (...) El artículo 2 de la Constitución es, desde luego, ambiguo como texto jurídico. Se presta a grandes discusiones en el terreno teórico. Pero es un reflejo fiel de las contradicciones existentes en la transición del franquismo a la democracia y un baremo casi exacto de la correlación de fuerzas entonces existente. Más allá de todo esto es, sin embargo, un gran paso adelante para superar el trágico contencioso histórico entre dos concepciones contrapuestas del ser de España», en SOLÉ TURA (1985: pp. 100-101).

toscamente, *algo menos* que una nación, pero *algo más* que una mera región (9). Sin embargo —salvo por lo dispuesto en los artículos 143.1. y 144 a) y b) CE— no existe en lugar alguno del texto constitucional una concreción de estos dos términos (10), y menos aún una diferenciación conceptual entre ambos (11). Verdaderamente, tal diferenciación constituía una tarea poco menos que imposible, debido a lo escurridizo de los vocablos (fundamentalmente, debido a lo escurridizo del vocablo *nacionalidad*) y a causa también de lo artificioso de la solución.

La nacionalidad, como arriba se ha apuntado, no era región, ni tampoco nación. No faltaron, empero, las voces que la presentaban como una nación velada; esto es, como una nación que no se definía como tal, dada la gravedad y los inconvenientes que esta definición habría provocado, pero que, no obstante, era nación. No otra era la postura de, por ejemplo, el socialista Gregorio PECES-BARBA, que veía posible el entender España como una *nación de naciones* (12). Los comunistas sí intentaron la introducción expresa de estas fórmulas de plurinacionalidad y, en cualquier caso, estaban convencidos de que el término *nacionalidad* era a esa realidad a la que hacía referencia. Y, desde luego, así pensaban los nacionalistas (13). De corte más pragmático eran las razones que finalmente aducía

(9) Como «región cualificada» las catalogó en 1980 el profesor SOLOZÁBAL en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1980: pp. 272-273).

(10) Juan José SOLOZÁBAL ha escrito que «(n)acionalidades y regiones son el sustrato político, quizá sería mejor hablar de la base sociológica y cultural, de las Comunidades Autónomas. Si el Estado como organización política general —continúa este autor— es la correspondencia jurídico política de la Nación española, las Comunidades Autónomas suponen la cobertura en tal plano de las nacionalidades y regiones», en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2008: p. 56).

(11) Escribía el profesor Manuel CONTRERAS hace pocos años: «El problema reside en que como en la Constitución no hay bases suficientes para establecer una mínima diferenciación entre lo que sean regiones o lo que sean nacionalidades, los procesos internos autodefinitorios que han tenido lugar en el seno de cada Comunidad han debido descansar sobre dos elementos: por un lado, la reconstrucción de un pasado histórico que venga a legitimar la pretensión diferenciadora y fundamente los rasgos básicos que objetivan la diferencia; por otro, la indispensable voluntad de hacerlo, es decir, el factor subjetivo necesario y propio de la creación de identidades colectivas», en CONTRERAS CASADO (2005a: pp. 391-392).

(12) Vid. RAMÍREZ JIMÉNEZ (1989: pp. 66 y 78).

Miguel HERRERO, como voz disonante en el conjunto de UCD, mantendrá esta misma opinión, vid. ALZAGA VILLAAMIL (1978: p. 91).

(13) Obsérvense estas palabras de Miquel ROCA en 1978: «Esta realidad que es España es el resultado de un proceso histórico de absorción o incorporación, por la conquista o por el Derecho —tanto da— de un conjunto de realidades nacionales, con su historia, con sus instituciones, con su cultura y algunas de ellas con su lengua. Algunas de estas nacionalidades han mantenido viva su esencia, han conservado su personalidad y han resistido al esquema centralizador que se había

UCD para apoyar la inclusión del término *nacionalidades*; de este modo hablaba su diputado Rafael ARIAS-SALGADO, con proféticas palabras: «Un texto constitucional que fuese rechazado o escasamente votado en el País Vasco o Cataluña, por ejemplo, nacería con un delicado vicio de origen, aun cuando fuese mayoritariamente aprobado en el resto de España. (...) La supresión del vocablo *nacionalidades* no haría desaparecer las exigencias de los que se autocalifican con eco popular como nacionalistas, sino que probablemente las exacerbaría. Por eso aceptamos el término *nacionalidades*; por eso también asumimos su constitucionalización y entendemos que lo que hay que hacer es interpretarlo y delimitar su alcance, tanto en el plano socio-político como en el plano jurídico-constitucional para evitar sus hipotéticas o eventuales consecuencias desintegradoras» (14).

El vocablo *nacionalidades* siempre había hecho referencia a la condición de los pueblos y habitantes de una nación, así como al estado del nacido o naturalizado en una nación, pero no sólo. Pese a ciertas opiniones y a su ausencia en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), el término poseía también cierto significado por el cual se hacía referencia a una determinada comunidad humana (15).

propuesto su desaparición como identidades distintas del todo que formaban. Y estas identidades nacionales en su lucha para sobrevivir —nacionalismo de defensa— han provocado un general despertar de otros hechos territoriales históricos que parecían desaparecidos», en ROCA I JUNYENT (1978: p. 43).

(14) RAMÍREZ JIMÉNEZ (1989: p. 75).

Una recepción más extensa de la argumentación de ARIAS-SALGADO puede hallarse en ALZAGA VILLAAAMIL (1978: pp. 92-94).

(15) El término *nacionalidad* poseía un significado étnico-cultural en Europa central y del este (fundamentalmente, en la URSS), así como en China, aplicado a determinadas comunidades humanas. El vocablo designó especialmente a las unidades políticas que formaron el Imperio austro-húngaro en el siglo XIX, vid. SOSA WAGNER y SOSA MAYOR (2006).

José ÁLVAREZ JUNCO escribe: «Heredando quizás la tradición de la URSS, el *Diccionario de la Izquierda Comunista* incluye esta acepción [la de *nacionalidad* en tanto que *conjunto humano*] cuando define la nacionalidad como «una etapa histórica previa a la formación de toda nación», en la que existen, «de modo embrionario y potencial», los elementos constitutivos de ésta», en ÁLVAREZ JUNCO (2005: pp. 34-35).

Francesc DE CARRERAS también recuerda la tradición centroeuropea y la del constitucionalismo socialista de la URSS y de la antigua Yugoslavia, así como —yendo más atrás en el tiempo— el *principio de las nacionalidades* impulsado por Mancini, en virtud del cual debía existir una relación necesaria y consecuente entre nación y Estado: «a toda nación le corresponde un Estado, todo Estado debe estar configurado por una sola nación», vid. CARRERAS SERRA (2006: pp. 16-17).

No obstante, como más adelante veremos, el término *nacionalidad* poseía también cierta tradición en España.

En un artículo publicado en el diario *El País* el 15 de enero de 1978, el filósofo Julián MARÍAS, a la sazón senador por designación real, se manifestaba contrario al uso del vocablo *nacionalidad* en la Constitución afirmando lo siguiente: «... *no hay nacionalidades* —ni en España ni en parte alguna—, porque “nacionalidad” no es el nombre de ninguna unidad social ni política, sino un nombre abstracto, que significa una propiedad, afección o condición. (...) Con la palabra “nacionalidad” (...) se quiere designar algo así como una “subnación”; pero esto no lo ha significado nunca esa palabra en nuestra lengua” (16). MARÍAS reconvenía a aquéllos que querían encontrar un precedente del término en la obra *Las nacionalidades*, escrita en 1876 por don Francisco PI Y MARGALL, recordando que éste “no llamó nunca “nacionalidades” a ningún tipo de unidades político-sociales (...). Las “nacionalidades” de que habla son —recordaba MARÍAS—, no Francia, España, Alemania, Suiza o Estados Unidos, sino la nacionalidad francesa, la española, la alemana, la suiza, la norteamericana, etcétera. (...) A las naciones, Pi y Margall las llamaba “naciones”; y a lo que solemos llamar “regiones”, casi siempre las denominaba con la vieja palabra romana, de amplísima significación, “provincias”» (17). Cierta es la afirmación que hace Julián MARÍAS: Pi no utiliza el término *nacionalidad* con la significación que algunos, en 1978, pretendían concederle. Pero, en honor de la verdad, debe afirmarse que el discípulo de ORTEGA omitía la referencia pimargalliana a las «naciones de segundo grado» (18), construcción que se asemejaría a las nacionalidades que acabaron formando parte del contenido del artículo 2 CE (19).

MARÍAS trae a colación, como único ejemplo en la literatura de un uso del vocablo *nacionalidad* en términos semejantes a los que denuncia,

(16) MARÍAS (1978) (cursivas y entrecomillado en el original). Estos argumentos serán defendidos por el filósofo en la propia Cámara Alta.

MARÍAS llegó a sumarse a la propuesta de otro senador por designación real, Camilo José CELA, de sustituir los términos *nacionalidades* y *regiones* por el más amplio de *países*.

Hasta Heribert BARRERA I COSTA (ERC) defendería en un momento dado la inclusión de una fórmula como era la de *comunidad de pueblos* para referirse al Estado español (vid. ALZAGA VILLAMIL (1978: pp. 97-98)). De hecho, el Preámbulo de la Constitución habla de los “pueblos de España”.

(17) MARÍAS (1978).

(18) Vid. PI Y MARGALL (1986: p. 273).

(19) Escribe Jordi SOLÉ: «Finalmente, acaba considerando [se refiere a PI Y MARGALL] a estas provincias como «naciones de segundo grado», con lo cual el concepto de «Nación española» se transforma en el de una auténtica «Nación de naciones» (...), concepto polémico sin duda y, como tal, perfectamente vinculado a las discusiones provocadas por el artículo 2 de nuestra Constitución», en SOLÉ TURA (1986: p. xx) (entrecomillado en el original).

la obra *Del gobierno representativo*, de John Stuart MILL. Efectivamente, su capítulo XVI —«De la nacionalidad en sus relaciones con el gobierno representativo»— se abre con esta frase: «Puede decirse que las nacionalidades están constituidas por la reunión de hombres atraídos por simpatías comunes que no existen entre ellos y otros hombres, simpatías que les impulsan a obrar de concierto mucho más voluntariamente que lo harían con otros, a desear vivir bajo el mismo Gobierno y a procurar que este Gobierno sea ejercido por ellos exclusivamente o por algunos de entre ellos» (20).

Sin embargo, Julián MARÍAS comete graves olvidos u omisiones (21), como por ejemplo el del significado que el término *nacionalidad* tenía en la doctrina de Enric PRAT DE LA RIBA. Su obra *La nacionalitat catalana* contiene, desde el propio título, un concepto de nacionalidad no del todo ajeno al que aparecerá en la Constitución Española —abstracción hecha del organicismo que informa las tesis del autor, así como de la voluntad estatal de esas nacionalidades—. Ese concepto irá apareciendo a lo largo de las páginas del libro, pero sirvan como muestra fehaciente tan sólo estas afirmaciones: «La sociedad que otorga a los hombres todos estos elementos de cultura, que los une y hace de todos una unidad superior, un ser colectivo informado por un mismo espíritu, esta sociedad natural es la NACIONALIDAD. Resultado de todo esto es que la nacionalidad es una unidad de cultura o de civilización; todos los elementos de esta clase: el arte, la ciencia, las costumbres, el derecho... tienen sus raíces en la nacionalidad. (...) Cuando se constituyó la monarquía española, (...) (l)os gobernantes siguieron abiertamente la política de una sola de las nacionalidades unidas...» (22).

Pero existían, además, otros precedentes de utilización del término *nacionalidad*; así, podrían recordarse los casos de Tomàs BERTRAN I SOLER,

(20) MILL (1994: p. 182).

(21) Es por ello que el artículo de MARÍAS fue duramente criticado, desde las páginas del mismo periódico, por MELIÀ I PERICÁS (1978) y por BENET I MORELL (1978) .

(22) «La societat que dóna als homes tots aquests elements de cultura, que els lliga i forma de tots una unitat superior, un ser col·lectiu informat per un mateix esperit, aquesta societat natural és la NACIONALITAT. Resultat de tot això és que la nacionalitat és una unitat de cultura o de civilització; tots els elements d'aquesta mena: l'art, la ciència, les costums, el dret... tenen ses arrels en la nacionalitat. (...) Quan va constituir-se la monarquia espanyola, (...) (e)ls governants varen seguir obertament la política d'una sola de les nacionalitats unides...» (la traducción es mía), en PRAT DE LA RIBA (1993: pp. 40-41) (mayúsculas en el original).

Joan Baptista GUARDIOLA, Joan MAÑÉ I FLAQUER, Víctor BALAGUER I CIRERA, Francesc ROMANÍ I PUIGDENGOLAS, Josep Narcís ROCA I FARRERAS, Josep COROLEU I INGLADA, Josep PELLA I FORGAS, Sabino DE ARANA Y GOIRI o Pedro DE EGAÑA, por citar sólo algunos ejemplos del ámbito español (23), sin entrar en el uso del término allende nuestras fronteras (24).

¿Pero —volviendo a lo que antes se apuntaba— podía equipararse, sin más, la nacionalidad a la nación?: a la hora de tratar de dar una respuesta a esta pregunta, nos seguimos moviendo en las tormentosas aguas de lo abstracto, ya que no sólo dudamos acerca de qué cosa sea una nacionalidad, sino que el objeto con el cual la comparamos para tratar de acotarla —esto es, la nación— tampoco es un concepto unívoco y pacífico en su comprensión. No perdamos de vista, pese a su aparente obviedad, las palabras de GELLNER cuando afirma que «las naciones (...) son una contingencia, no una necesidad universal» (25). Desde luego, a mi entender, la nacionalidad no era equiparable a la nación política forjada en las revoluciones liberales como concepto operativo en el cual se hacía residir la soberanía y del cual nacían los poderes del Estado. Hecha la salvedad, no menor en absoluto, del salto democrático que supone el tránsito de la soberanía nacional a la popular, *la Nación española* que aparece en el artículo 2 CE respondería a ese modelo político de nación. Vendría, además, a reforzar esta idea la redacción del artículo 1.2. CE al establecer que *(l)la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.*

Las nacionalidades, no siendo *nación política*, sí que podrían ser entendidas, sin embargo, como *nación cultural*, siguiendo la tipología clásica de Friedrich MEINECKE (26). Estas divisiones no son sino caracterizaciones ideales, existiendo algunos elementos comunes a ambas, en una u otra medida. De este modo, el profesor Andrés DE BLAS ha hecho hincapié en

(23) Vid. BENET I MORELL (1978) y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1980: pp. 270-271).

(24) Vid. MELIÀ I PERICÁS (1978), así como la nota 15 del presente artículo.

(25) GELLNER (2008: p. 74).

(26) «Cuando futuros exégetas de nuestra Constitución se expresaran sus meninges buscando establecer un claro criterio diferencial entre las nacionalidades y las regiones, creemos que habrán de buscarlo y lo encontrarán en el terreno histórico-cultural», en ALZAGA VILLAAMIL (1978: p. 103).

Francesc DE CARRERAS —tratando de marcar las diferencias entre las esferas cultural y jurídica— difumina las que puedan existir entre *nacionalidad* y *región*: «... las “nacionalidades y regiones” son términos utilizados en sentido cultural (sólo tendrán sentido jurídico cuando pasen a ser comunidades autónomas)...», en CARRERAS SERRA (2006: p. 37).

el «hecho obvio de que las naciones políticas tiendan a proyectarse inevitablemente en el campo de las realidades culturales, siendo la mayor o menor pretensión de homogeneidad en este terreno función, básicamente, del grado de resistencia que encuentre el despliegue del Estado nacional liberal. Es ésta —continúa DE BLAS— una constatación paralela al dato de que las naciones culturales no son ajenas a los más acusados componentes instrumentales y utilitarios señalados como propios de las naciones políticas» (27). No obstante esta obviedad, los tipos ideales de *nación política* y *nación cultural* siguen siendo válidos para operar teóricamente. De esta guisa, *nación cultural* sería aquella comunidad humana unida por lazos históricos, con tradiciones compartidas y acervo cultural, siendo la lengua, en muchos casos, elemento primordial de ese acervo. Es evidente, como he dicho, que lo político no tiene por qué estar ausente por completo en las naciones culturales: en primer lugar, porque unos usos o instituciones políticas determinadas pueden ser uno de los elementos que integren esa tradición y, en segundo lugar, porque una nación cultural puede perfectamente poseer aspiraciones (o disfrutar de realidades) específicamente políticas.

Óscar ALZAGA mantenía en 1978 la opinión de que «la palabra “nacionalidades” se refiere a unas realidades colectivas que existen en el seno de España, y a las que se reconoce una cierta tarea política [que está en la raíz del concepto de Nación (...)], pero no desarrollable en el marco de un Estado propio, sino en el seno del Estado español. Dicho en otros términos —prosigue ALZAGA—, el art. 2.º concibe, de una parte, a la Nación española en el sentido clásico de un sujeto con derecho a organizarse en Estado propio, y, de otro lado, a las regiones y nacionalidades les reconoce y garantiza “el derecho a la autonomía... y a la solidaridad entre todas ellas”» (28).

Disiento, sin embargo, de la tesis de Jordi SOLÉ, quien llega a equiparar los términos *nación* y *nacionalidad*, encontrando como única diferencia entre ellos —en términos de poder político— el «tipo de formación social que tiene(n) por ámbito»: el Estado, en el caso de la nación; y una Comunidad Autónoma, en el caso de las nacionalidades del artículo 2

(27) BLAS GUERRERO (1994: p. 44).

Como apunta PÉREZ CALVO, también la *Nación española* de la CE posee una parte de contenido cultural, vid. PÉREZ CALVO (2005: pp. 27-29).

(28) ALZAGA VILLAMIL (1978: p. 102).

CE (29). Ya he hecho referencia más arriba a las implicaciones jurídico-constitucionales, ex artículo 1.2. CE, que se derivan de la nación, y no así de las nacionalidades. Por lo demás, desde un punto de vista estrictamente sociológico-político, no me parece desacertada la opinión de este autor cuando afirma que «el término “nación” y el término “nacionalidad” remiten a la misma realidad social y plantean los mismos problemas. (...) Los términos “nación” y “nacionalidad” designan un conjunto de hombres y mujeres de origen y condición social muy distintos, pero que tienen una autoconciencia colectiva de grupo diferenciado frente a otros» (30).

Al hilo de la idea que sobrevuela las últimas palabras del párrafo anterior, cabe concluir, en primer lugar, que la clave —a la hora de analizar el término y el concepto *nacionalidades*— se encuentra en la perspectiva desde la cual llevemos a cabo tal análisis. De esta manera, si el prisma es un prisma jurídico-constitucional, en ningún caso, pueden ser equiparables la nación y las nacionalidades. La primera posee una significación, derivada de los artículos 1 y 2 CE, distinta y más amplia que la que pueda deducirse de las segundas.

Sin embargo, si es desde la perspectiva sociológico-política o histórico-cultural desde la que estamos observando el fenómeno, la nación y la nacionalidad pueden (aunque no siempre será así obligatoriamente) compartir definición, ser equivalentes y, a la postre, hacer referencia a idénticas realidades.

Como segunda conclusión, y expuesto lo anterior, debe admitirse que la presencia del término *nacionalidades* en la Constitución plantea numerosos problemas: supone la entrada de un concepto con una acusada carga historicista, crea dudas semánticas en relación con los vocablos *Nación* y *regiones*, respectivamente, y provoca, en relación con estas últimas, posibles agravios. Por ello, haciendo un tratamiento puramente teórico y neutro de la cuestión, la conclusión obligada sería la de denunciar y criticar su aparición en el artículo 2 CE. Pero ocurre, sin embargo, que un acercamiento al estudio de un proceso constituyente no puede efectuarse haciendo abstracción del contexto histórico, político y social en el que éste se enmarca. Y ocurre, así, que —conociendo tal contexto y conociendo, asimismo, las tensiones y las implicaciones que rodeaban la presencia

(29) Vid. SOLÉ TURA (1985: p. 23)..

(30) *Ibid.*, pp. 23 y 24. Vid. también la nota 10 del presente artículo.

o ausencia del término— estimo necesario concluir que la introducción del vocablo en el texto de 1978 fue un acierto, ya que permitió el logro de un importante consenso político y el apoyo de un amplio sector del nacionalismo, siendo la expresión —en palabras de ALZAGA— de «un gran gesto histórico de reencuentro y reconciliación» (31). Es cierto que no logró —y ahora ya no hablo sólo del término *nacionalidades*, sino del modelo autonómico en general— todo lo que se proponía (32) y es cierto también que los posibles inconvenientes que su presencia podía acarrear se hicieron patentes; sin embargo, estimo que en aquel momento constituyó un paso necesario e inteligente.

Hacia dónde debemos caminar hoy y qué destino merezca el término *nacionalidades* en la actualidad es otro asunto que se pospone a la espera de llegar a las conclusiones y a la propuesta de este artículo.

II. LOS DEBATES EN TORNO AL TÉRMINO NACIONALIDAD EN EL PROCESO AUTONÓMICO ARAGONÉS. LA SOLUCIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1982 (33)

El importante papel que la discusión en torno a las nacionalidades jugó, como hemos visto, en el período de elaboración constitucional, volverá a manifestarse en algunos de los diversos procesos estatuyentes. Entre ellos, se encuentra aquél que iba a terminar por crear la Comunidad Autónoma de Aragón. En efecto —y aunque con una importancia y unas implicaciones menores, si las comparamos con aquéllas de la fase constituyente—, los debates en Aragón no se sustrajeron a la discusión en torno a la nacionalidad. La cuestión no era otra que decidir si ese término que la Constitución había puesto en circulación en su artículo segundo debía

(31) ALZAGA VILLAMIL (1978: p. 103).

(32) Por ejemplo, no debe confundirse el apoyo en aquel momento de sectores nacionalistas con una identificación plena y convencida por parte de éstos, así «... ni la aceptación del principio autonómico ni la inserción del término «nacionalidades» sirvieron para integrar a los nacionalistas, ni mucho menos para garantizar su compromiso con la unidad nacional española», tal y como se afirma en BLAS GUERRERO y GONZÁLEZ CUEVAS (2006: p. 15).

Aunque, en justicia, habrá de admitirse, asimismo, que el modelo autonómico ha dado lugar a logros que no se encontraban entre sus aspiraciones iniciales, al menos, entre las más perentorias y evidentes.

(33) Para un seguimiento de los debates y las fases de los que da cuenta este apartado, vid. CONTRERAS CASADO (1987; 2000; 2003), GARRIDO LÓPEZ (1999) y GÓMEZ DE LAS ROCES (2002).

o no utilizarse a la hora de hacer, en el futuro Estatuto de Autonomía, una definición de Aragón.

El proceso autonómico aragonés tuvo, en un determinado momento, como característica principal la del bloqueo del propio proceso, dada la imposibilidad de cumplir con los requisitos que, para el acceso a la autonomía, establecían tanto la vía ordinaria del artículo 143.2. CE, como la agravada del 151.1. CE; todo ello a despecho del alto número de acuerdos de iniciativa autonómica adoptados por los municipios del total de las tres provincias aragonesas (fundamentalmente, de Zaragoza y de Huesca). En ese escenario de *callejón sin salida* —aumentado por los efectos de la llamada *política de giro autonómico* puesta en marcha por el Gobierno de Adolfo SUÁREZ y por la UCD y que, posteriormente, terminaría por validar el PSOE con la firma de los Acuerdos Autonómicos de julio de 1981—, las principales formaciones políticas de Aragón pusieron en marcha, en enero de ese año, la denominada *Mesa de Partidos*, órgano oficioso que tuvo como objetivo principal el desbloqueo del proceso autonómico aragonés, que finalmente se logró a través de la vía del artículo 143 CE. Si recordamos este episodio es porque en las reuniones de esta *Mesa de Partidos* fue cuando por primera vez asoma en Aragón la cuestión de la nacionalidad. Como ha escrito el profesor Manuel CONTRERAS analizando aquel momento, «la polémica (...) se zanjó obviando la calificación de «región» o «nacionalidad» a favor de su definición genérica [de la definición genérica de Aragón en el futuro Estatuto de Autonomía] como Comunidad Autónoma» (34). No debe olvidarse que los acuerdos de la *Mesa* tenían carácter vinculante para los partidos en ella presentes, pero tampoco debe olvidarse que uno de ellos —el PAR, que acabaría por abandonar la *Mesa de Partidos* en el mes de abril como protesta ante las conversaciones en materia autonómica mantenidas a nivel nacional por UCD y PSOE (35)— no acudió a esa reunión. Las reuniones concluyeron en mayo con la aprobación de treinta y una bases llamadas a constituir el grueso del futuro Estatuto, pero el PAR aún no había pronunciado su última palabra acerca de la nacionalidad.

El día 13 de junio de 1981, se reúne en la iglesia del Monasterio nuevo de San Juan de la Peña (Huesca) la Asamblea Mixta de Parlamen-

(34) CONTRERAS CASADO (1987, vol. I: p. 34).

(35) De ese modo, los partidos que continuaron formando parte de la *Mesa* fueron UCD, PSOE, PCE y AP.

tarios y Diputados Provinciales a la que el artículo 146 CE reservaba el cometido de elaborar el proyecto de Estatuto de Autonomía. Es en el marco de los debates de esta Asamblea Mixta, y ya en la reunión celebrada en Zaragoza el 6 de julio, donde reaparece el asunto de la nacionalidad y, de modo específico y afinando más, el de la nacionalidad histórica.

La inclusión de la definición de Aragón como *nacionalidad* vino defendida por el portavoz del PAR, Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES, que en las Cortes Constituyentes, como sabemos, se había mostrado contrario a la presencia del término en la Carta Magna. Sin embargo, su razonamiento en este momento, una vez expuestos los títulos históricos que ostentaba Aragón en comparación con otras comunidades que recibían o iban a recibir la definición como *nacionalidad*, era el siguiente: «Hoy ya no se puede decir que llamarse nacionalidad vaya a ser lo mismo. Sabemos todos que eso no es cierto. A nosotros, lo sabéis todos, nos hubiera gustado más, y así lo defendí en el Congreso, así lo defendí y lo volvería a hacer, que la palabra nacionalidad no figurase en la Constitución, pero si hay café, tiene que haber café para todos. Una vez instituida, o vale para todos o nos están injuriando y lo que es peor, pronto, tardarán uno o tardarán tres años, empezarán a publicarse en el Boletín Oficial del Estado disposiciones privativas de las nacionalidades, y lo que no parecía nada, en manos de los más disgregadores, y sin el contrapeso de los más españoles, como somos los aragoneses, será inevitable el título que legitime toda suerte de pretensiones...». Es decir, GÓMEZ DE LAS ROCES reconocía sin ambages que, pese a ser contrarios al término, si éste existía, debía aplicarse a Aragón; a esto sumaba el temor —infundado, como el tiempo ha demostrado— a que de la definición como *nacionalidad* se derivasen unos efectos jurídicos de cuyo disfrute pudiera quedar fuera Aragón (36). Pero no hay que pasar por alto una matización importante, en la que más adelante incidiremos:

(36) Ya en 1985 podemos leer lo que sigue: «... cabe afirmar, a la luz de la evolución estatutaria posterior, e incluso considerando los mismos planteamientos del resto del articulado de la Constitución, que semejante diferenciación terminológica y verosíblemente semántica no tiene reflejo normativo alguno, pues ni la evocación del «pasado» que posibilitó la *asunción competencial máxima* en los Estatutos autonómicos de algunos territorios (Disposición transitoria 2.ª de la Constitución), ni el amparo y respeto a «los derechos históricos de los territorios forales» que la Constitución otorga (Disposición adicional primera) pueden considerarse, por razones obvias, como soportes cualificados desde el punto de vista del Derecho para una auténtica distinción concorde con la recogida en el repetido artículo 2.º del texto constitucional», en BERMEJO VERA y FATÁS CABEZA (1985: p. 5) (cursivas en el original).

La verdadera diferencia entre Comunidades Autónomas (CCAA) radicaba en la vía utilizada para su creación, y no en la definición de las mismas adoptada por sus Estatutos.

en esa misma intervención, GÓMEZ DE LAS ROCES se había expresado previamente en estos términos: «*Se trata de saber (...) si Aragón puede llamarse nacionalidad (...) o se nos va a prohibir, si se nos va a prohibir el empleo de esta palabra, aunque la adjetivemos como nosotros la adjetivamos de histórica, aunque añadamos que nuestra nacionalidad histórica está dentro de la Nación española, patria común e indivisible*» (37). Vemos, pues, cómo entraba en escena una nueva expresión o, mejor dicho, un término conocido, pero matizado: el de *nacionalidad histórica*.

Junto a Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES, será Juan Antonio BOLEA FORADADA quien presente otra enmienda encaminada a la inclusión del término *nacionalidad*. BOLEA, que había dimitido unos meses atrás como primer presidente de la preautonómica Diputación General de Aragón (DGA) y que pertenecía a la UCD, ponía así de manifiesto sus cada vez mayores discrepancias con su partido y su creciente cercanía a las tesis de los aragonesistas del PAR, formación en la que acabaría integrándose en septiembre de 1982. BOLEA FORADADA va a justificar su comportamiento, distinto al del resto de los representantes de UCD, afirmando que «*(h)ay que tener valor en política para decir las cosas, y no es romper la disciplina de voto de nadie, el que los aragoneses, representantes del pueblo de Aragón, digamos aquí públicamente que Aragón es nacionalidad dentro de la indisoluble unidad de la Nación española. (...) Queremos una nacionalidad, y ese término se acabará definiendo dentro del concepto de la Nación española*». Además, antes de hacer estas afirmaciones, BOLEA había adelantado, en esta misma intervención, un episodio que iba a ocurrir posteriormente: «*Y a lo mejor a algún loco, y a lo mejor puedo ser yo, en el Senado, se le ocurre decir que Aragón también es nacionalidad y vamos a pasar el bochorno y la vergüenza de que conste en el libro de sesiones, y constará, que nos niegan los Senadores, o en el Congreso antes, que Aragón es nacionalidad*». Por lo que hace a la novedad aportada por la expresión *nacionalidad histórica*, ambas —*nacionalidad* y *nacionalidad histórica*— van a ser utilizadas indistintamente en la exposición de Juan Antonio BOLEA y —pese a que, en un momento dado, éste afirma «*(p)ero fijaros cómo se está deformando este concepto. Ya no se habla de nacionalidades, se habla de nacionalidades históricas*»— la propia fórmula que BOLEA propone como artículo primero del Estatuto se refiere a Aragón como *nacionalidad histórica*.

(37) Tratándose de una intervención oral, el uso de un diferente tipo de letra —como no podía ser de otra manera— es utilizado aquí con la finalidad de resaltar la novedad introducida.

Las enmiendas de GÓMEZ DE LAS ROCES y de BOLEA FORADADA van a ser contestadas por José Luis MERINO Y HERNÁNDEZ (UCD) y por Santiago MARRACO SOLANA (PSOE). Se producen en este momento algunas diferencias con respecto a las que habían sido las actitudes de UCD y PSOE en el proceso constituyente: a) mientras que entonces ambos partidos habían sido favorables a la inclusión del término *nacionalidad* en la Constitución, ahora no lo son a que Aragón se defina como tal en su Estatuto y b) si en el momento de elaborar la Constitución el PSOE parecía mostrar un convencimiento mayor en sus palabras en su defensa de la nacionalidad, mientras que la UCD daba la impresión de actuar movida fundamentalmente por motivaciones estratégicas, ahora será UCD quien aporte mayores argumentos de fondo, mientras que el PSOE apelará al pragmatismo. Así, MERINO fundamenta su oposición en argumentos doctrinales en virtud de los cuales manifiesta la imposibilidad de aplicar términos como *nación* o *nacionalidad* (al fin y al cabo, éste es un derivado de aquél) a momentos históricos y organizaciones políticas anteriores al siglo XVIII (38). Por su parte, Santiago MARRACO —que escasamente dos años después sería elegido primer presidente autonómico de Aragón— se mostró, en palabras de Carlos GARRIDO, «(m)enos historicista y más convincente» (39). Defendió MARRACO que «somos Aragón, Aragón sin nombres o sin apellidos» y defendió, en definitiva, que el término nada aportaba, a la vez que criticó el fondo de envidia que hallaba en las palabras de GÓMEZ DE LAS ROCES.

Finalmente, sometidas a votación las enmiendas en la Comisión Mixta, fueron rechazadas por una amplísima mayoría.

Pero el asunto reapareció en la tramitación en las Cortes Generales. Primero, en el Congreso de los Diputados, donde Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES volvió a defender la definición estatutaria de Aragón como *nacionalidad histórica*, en base a que no existían argumentos «para negar a Aragón lo admitido en otros territorios con menores títulos históricos» (40). En su defensa, GÓMEZ DE LAS ROCES se vio asistido por José Luis DE ARCE MARTÍNEZ (UCD) y por Jordi SOLÉ TURA (PCE). Frente a ellos, José Luis FIGUE-

(38) Contestaba BOLEA a MERINO lo siguiente: «Sr. MERINO, todo lo que ha dicho (...) me hubiera parecido maravilloso si su intervención hubiera sido en el Congreso cuando se estaba discutiendo el artículo segundo de la Constitución, pero ya lo hemos aprobado (...) De modo que creo que su intervención ha sido por lo menos extemporánea...».

(39) GARRIDO LÓPEZ (1999: p. 266).

(40) *Ibid.*, p. 304.

ROLA CERDÁN (UCD) y Santiago MARRACO SOLANA (PSOE) sostuvieron que la definición como *nacionalidad* no otorgaría ventaja ni diferenciación alguna. El diputado por el Partido Socialista de Aragón (PSA), Emilio GASTÓN SANZ, manifestó que no era de su agrado la distinción constitucional entre nacionalidades y regiones, pero que no veía inconveniente en «*que si Cataluña se quiere llamar nacionalidad se llame nacionalidad y que Euzkadi se llamara nación*». Sin embargo, afirmaba: «*nosotros no queremos llamarnos ‘país’ ni ‘nación’ ni ‘pueblo’ ni tener aditamentos; nos llamamos simplemente Aragón*».

La definición de Aragón como *nacionalidad*, de nuevo, fue desechada.

En el Senado, es Juan Antonio BOLEA FORADADA quien hizo verdadero su pronóstico y reprodujo sus argumentos favorables a la nacionalidad. Y «(a)ñadió —como ha resaltado GARRIDO LÓPEZ— (...) una reflexión hasta ese momento no realizada y hasta cierto punto cierta» (41). Ésta consistía en poner de manifiesto cómo ni al pueblo de Cataluña, del País Vasco, de Galicia, de Andalucía o de Valencia se le había preguntado «*si la palabra “nacionalidad” estaba en su espíritu*». Respondía así BOLEA a aquéllos que afirmaban que el pueblo aragonés no se identificaba con la definición como *nacionalidad*. En la misma línea se expresó Fernando HERRÉIZ MURUZÁBAL (UCD).

La contestación vino de la mano de José Antonio BIESCAS FERRER (PSOE), estableciéndose entre éste y BOLEA un «debate (...) teñido de alusiones personales, acusaciones y reproches recíprocos por la actitud mantenida durante el proceso autonómico» (42). BIESCAS basó su postura en considerar que Aragón quizás fuera en el pasado una nacionalidad histórica, pero que ya no lo era, y en tratar de actuar «*dejando abierta la puerta para que cada cual pueda considerarse dentro e integrado en una región o nacionalidad*», debido a que entendía que la definición como *nacionalidad* no contaba con un amplio apoyo y dejaba fuera a muchos aragoneses.

Las propuestas de BOLEA y de HERRÉIZ no salieron adelante.

Finalmente, el Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr) se aprobaba por la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto. En el tema que nos ocupa,

(41) *Ibid.*, p. 316.

(42) *Ibid.*, pp. 316-317.

optaba por huir de una definición de Aragón tanto en términos de *nacionalidad*, como de *región*. Adoptaba así la inteligente postura del silencio, quedando su artículo primero con la siguiente redacción: *Aragón, como expresión de su unidad e identidad histórica, accede a su autogobierno, de conformidad con la Constitución española y con el presente Estatuto que es su norma institucional básica* (43).

De este modo, perdían fuerza las palabras de Juan Antonio BOLEA cuando, en las reuniones de la Asamblea Mixta de Parlamentarios y Diputados Provinciales, afirmaba que «(c)on este artículo en la mano [se refería al artículo 2 CE], *quien no sea región o quien no sea nacionalidad no puede acceder a la autonomía, y o somos región o somos nacionalidad, y elijamos*». De una lectura de los elementos que de manera obligada deberían contener los Estatutos de Autonomía, recogidos en el artículo 147.2. CE, no podía deducirse en modo alguno la necesidad de hacer tal elección definitoria y de que ésta se plasmase en el texto estatutario.

III. LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN POR LA LEY ORGÁNICA 5/1996, DE 30 DE DICIEMBRE: LA DEFINICIÓN DE ARAGÓN COMO NACIONALIDAD (44)

Así quedaban las cosas en 1982, con la aprobación de un Estatuto de Autonomía que evitaba definir a Aragón como *región* o como *nacionalidad*. Pero *el anhelo de la nacionalidad*, como se verá, será permanente y creciente en la historia de la Comunidad Autónoma.

Al comienzo de la II Legislatura de las Cortes de Aragón, en 1987, entra en escena el tema de la reforma estatutaria. Había transcurrido el plazo de cinco años que el artículo 148.2. CE establecía para que aquellas CCAA que se hubieran constituido siguiendo la vía del artículo

(43) «Podrá discutirse cuanto se quiera, y podrá, desde luego, no estarse de acuerdo, pero pienso sinceramente que Aragón hizo bien en no entrar en aquella «guerra de nombres» que otras Comunidades Autónomas se planteaban. Aragón, como ya se dijo entonces, es Aragón, sin más, y no precisa de especiales aditamentos nominales para ser lo que es y para poder lograr en el futuro todas esas metas de bienestar social que el Estatuto y la Autonomía tienen como objetivo primordial», en MERINO Y HERNÁNDEZ (1983: p. 23) (entrecorillado en el original).

Otra referencia para el seguimiento de aquellos debates y de la solución finalmente adoptada puede consultarse en MERINO Y HERNÁNDEZ (2002).

(44) Para un seguimiento de los debates y las fases de los que da cuenta este apartado, vid. CONTRERAS CASADO (1997; 1998; 2000; 2003; 2005b; 2006) y GÓMEZ DE LAS ROCES (2002).

143.2. CE y concordantes pudieran —por medio de una reforma de sus Estatutos— hacer una ampliación competencial, dentro de lo establecido por el artículo 149 CE. Es en el debate de investidura en torno al candidato a Presidente de la DGA —Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES— cuando aparecen las primeras propuestas de reforma. Y en abril de 1988, la DGA enviaba a las Cortes aragonesas un «Borrador conteniendo los criterios de la Diputación General de Aragón en orden a la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón». En el texto de ese Borrador, y en lo que aquí nos interesa, Aragón es ya *nacionalidad* (45).

Pero la situación política de la Comunidad Autónoma provocó que los intentos de reforma estatutaria puestos en marcha a lo largo de la II Legislatura no prosperasen. A partir de ese momento, y desde el inicio de la III Legislatura de las Cortes de Aragón, los intentos de reforma se van a ver acompañados por movimientos a escala nacional, que cristalizarían en los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, suscritos por el Gobierno socialista, el PSOE y el Partido Popular (PP). Estos Acuerdos —que buscaban una ampliación competencial y una uniformización de las CCAA creadas por la vía del artículo 143.2. CE— van a influir —tanto en su voluntad última, como en los pasos que para las reformas establecían— en el escenario aragonés. Como ha escrito el profesor CONTRERAS CASADO, «(a) partir de esta nueva perspectiva, era lógico pensar que la reforma estatutaria en Aragón había de entrar en una dinámica distinta, consecuente con las decisiones legales adoptadas, pero observando el proceso reformista desde una óptica «comprensiva» —el cambio afectaba a la totalidad del Estado autonómico— que no excluía la visión «particularista», pues la reforma se limitaba a incrementar el poder político de la Comunidad, asumiendo el Estatuto un buen número de competencias y aumentando el autogobierno aragonés» (46). La reforma llegará a través de la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo y en ella, debido a lo que acaba de comentarse, no apareció la definición de Aragón como *nacionalidad*.

(45) Son significativas estas palabras de Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES, escritas en 2002, pero referidas a aquel momento: «Aragón fue nación desde que emergiera de su reducto originario en el Pirineo oscense hace más de un milenio. Pero también indiqué en aquella ocasión que Aragón no es solamente Historia, sino presente y la voluntad de continuar reunidos en el futuro; no se trataba únicamente de recordar glorias del pasado, como quien cuelga el diploma del abuelo en el comedor de su casa, sino de afrontar presente y futuro en línea de convergencia con aquel pasado, porque la personalidad de Aragón no había perecido y teníamos la firme voluntad política de perpetuarla», en *ibíd.*, p. 64.

(46) CONTRERAS CASADO (2005b: p. 99) (entrecomillados en el original).

Sin embargo, esta reforma no llegó a satisfacer a todos los grupos políticos —pienso en el PAR, principalmente—, a lo que se sumó el hecho de que, antes incluso de que concluyese la reforma estatutaria de 1994, ya se había planteado la necesidad de otra reforma más amplia, que retomase el hilo de los trabajos que estaban desarrollándose con carácter previo a la del año 94. Tal planteamiento lo efectuó, en septiembre de 1993, José MARCO BERGES (PSOE), en el debate de una moción de censura presentada por el Grupo Socialista de las Cortes de Aragón, y en la que él hablaba, precisamente, en su calidad de candidato a Presidente de la DGA. Y fue el entonces Presidente del Parlamento autonómico, Ángel CRISTÓBAL MONTES (PP), quien se encargó del resurgir parlamentario de los trabajos de reforma.

Es en la muy temprana fecha del 27 de julio de 1994 cuando el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados publica la propuesta de reforma estatutaria remitida por las Cortes aragonesas. Tal propuesta define a Aragón como *nacionalidad* y viene avalada por un acuerdo unánime al respecto de los distintos grupos parlamentarios. El entender que Aragón era una nacionalidad va a ser una idea muy poco contestada a lo largo del debate parlamentario en las Cortes Generales.

Los argumentos —en el Congreso de los Diputados y en el Senado— adquirieron fuertes tintes históricos, aludiendo al pasado de Aragón, a sus hechos diferenciales y a la comparación (otra vez) con otras Comunidades a las que ya se reconocía como nacionalidad; pero es quizás lo más importante la sensación que se desprende de varias de las intervenciones de no estar haciendo sino un acto de justicia, un reconocimiento de algo previo, de algo que —independientemente de que estuviera o no recogido en el texto estatutario— ya era. Fueron los diputados y senadores pertenecientes al PP y al PAR quienes especialmente se aplicaron en la defensa de la nacionalidad. De todas las intervenciones en defensa del término aplicado a Aragón, me parece que la que mejor expresa todas estas características, por ser un magnífico compendio, es la del diputado de las Cortes de Aragón y senador por designación autonómica, Sebastián CONTÍN PELLICER (PP), quien hablaba de esta manera en el Senado: *«Los distintos pueblos de Aragón fueron forjando la idiosincrasia del aragonés y creando un sentimiento de unidad histórica anterior a la comunidad política administrativa y anterior, incluso, a que se configurase el Reino de Aragón hace más de novecientos años, como tal. (...) Aragón, señorías, fue comunidad histórica como condado y como reino mucho antes que otros y*

desembocando en una de las más limpias creaciones políticas de nuestra historia, de la que todos debemos sentirnos orgullosos, como es la Corona de Aragón. No hacemos, pues, con esta declaración de nacionalidad más que constatar lo que hace siglos que ya está escrito» (47).

Fue otro aragonés, el diputado Bernardo BAYONA AZNAR (PSOE), quien expuso en el Congreso los argumentos encaminados a poner de manifiesto la innecesariedad del uso del término *nacionalidad*, su falta de aceptación mayoritaria por parte de los aragoneses, así como su ausencia de efectividad jurídica en lo concerniente al logro de las máximas cotas de autonomía.

Los representantes de *Convergència i Unió* (CiU) también se mostraron contrarios a la definición de Aragón como *nacionalidad*. Entendían que la generalización del término estaba eliminando su significación y su carga política, yendo más allá del contenido de una Disposición Transitoria (D. T.) Segunda del texto constitucional que ellos se encargaban de interpretar (y dilatar) conforme a su conveniencia. Como puede verse, unos querían ser *nacionalidad* si otros lo eran; y esos otros ya no se sentían tan cómodos siéndolo si también lo eran los unos.

Esta segunda reforma del EAAr se materializó en la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre. El párrafo primero de su artículo 1 establecía: *Aragón, en expresión de su unidad e identidad históricas como nacionalidad, en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución Española reconoce, accede a su autogobierno de conformidad con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.*

En su Estatuto, Aragón era ya, tras un largo camino, una *nacionalidad*.

IV. LA LEY ORGÁNICA 5/2007, DE 20 DE ABRIL, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN: ARAGÓN, NACIONALIDAD HISTÓRICA

Unos cuantos años después de terminado el proceso relatado en el apartado anterior, concretamente en 2003, Manuel CONTRERAS CASADO

(47) De interés resultan, en la misma línea, las intervenciones en el Congreso de los Diputados de Antonio Jesús SERRANO VINUÉ (PAR, pero integrado en el Grupo Parlamentario Popular), Jesús LÓPEZ-MEDEL BASCONES (PP) y Leocadio BUESO ZAERA (PP); así como, en el Senado, la de José María FUSTER VINUESA (PAR).

escribía —haciendo un balance de los debates sobre la inclusión de la nacionalidad en el Estatuto desde 1982— estas palabras: «Más adelante, en cada intento de reforma del EAAr reaparecería la polémica sobre la «nacionalidad histórica». La importancia de llamarse nacionalidad, situada en el terreno de los principios, sobreviviría en el debate político aragonés hasta que se logró consensuar su inclusión en la reforma estatutaria de 1996, sin que ningún argumento crítico fuera dique suficiente para contener, no ya la recuperación de unas «señas de identidad» que nadie cuestionaba, sino la impetuosa riada de historicidad que llevó hasta el Estatuto la nacionalidad de Aragón» (48).

Estas palabras constituían en aquel entonces un resumen certero. Sin embargo, el aire de *final de un proceso* que las envolvía se iba a ver desmentido en unos pocos años. Pero entonces nada hacía presagiar que la «impetuosa riada de historicidad» a la que se referían las palabras del profesor CONTRERAS se iba a quedar en un fenómeno menor en comparación con la *marejada de historicidad* —siguiendo con el tono de la metáfora— que la sucedería.

En un ambiente presidido por los movimientos de aquellas CCAA que se habían formado por la vía del artículo 151.1. CE, y que todavía no habían visto reformados sus Estatutos, se crea en las Cortes de Aragón, a finales de su V Legislatura, una «Comisión especial de estudio que tenga por objeto la profundización y el desarrollo del autogobierno aragonés». Esta Comisión especial, más allá de lo que su nombre concreto establecía, pretendía llevar a cabo una reflexión de carácter más amplio acerca del modelo autonómico. El resultado de sus trabajos apuntaba a que, para lograr esa profundización y desarrollo, la reforma estatutaria era sólo un elemento más de otras necesarias medidas como la reforma constitucional, el pacto político y el cambio de determinadas actitudes políticas (49).

No obstante, los hechos manifestaron que el camino a transitar iba a ser otro muy distinto (50). La conveniencia de una reforma constitucional previa a las futuras reformas estatutarias nunca se produjo, tampoco los pactos y la modificación de algunos comportamientos políticos. Finalmente,

(48) CONTRERAS CASADO (2003: p. 65) (entrecorrido en el original).

(49) Vid. *Debates parlamentarios sobre la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés* (2004).

Vid., asimismo, CONTRERAS CASADO (2005b: pp. 105 y ss.).

(50) Vid. CONTRERAS CASADO (2009).

el único camino en Aragón fue el de la reforma estatutaria, en línea con el proceder de otras CCAA. De esta manera, la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón —por la cual se derogaba la Ley Orgánica 8/1982 con sus dos modificaciones de 1994 y 1996— terminaría fijando el nuevo texto estatutario.

El EAAr de 2007 se enmarca en el espíritu historicista que ha presidido las últimas reformas estatutarias y que lleva a hablar de esa *marejada de historicidad* a la que hacía referencia. El nuevo Estatuto aragonés es un perfecto ejemplo de este estado de cosas, desde la novedosa Exposición de Motivos que incorpora [pese a la labor de poda que ésta —en la redacción que tenía en la propuesta de reforma enviada desde el Parlamento autonómico (51)— experimentó en las Cortes Generales]. El nuevo apartado tercero del artículo 1 EAAr sería otro claro ejemplo: *La Comunidad Autónoma de Aragón, dentro del sistema constitucional español, ostenta por su historia una identidad propia en virtud de sus instituciones tradicionales, el Derecho foral y su cultura.*

Ciñéndonos al objeto de análisis de este trabajo, debe saberse que el Estatuto de 2007 introducirá novedades en el que se creía un tema solucionado, esto es, la definición de Aragón. El aliento historicista provocará que Aragón pase a ser *nacionalidad histórica*.

Establece el artículo 1.1. EAAr: *Aragón, nacionalidad histórica, ejerce su autogobierno de acuerdo con el presente Estatuto, en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza a toda nacionalidad.*

Y en cuatro ocasiones más aparecerá la *nacionalidad histórica* en el texto estatutario. Dos en la Exposición de Motivos: a) ésta se abre declarando que *Aragón, nacionalidad histórica, ejerce su derecho a la autonomía al amparo de la Constitución española* y b) unas líneas después, afirma: *El presente Estatuto sitúa a Aragón en el lugar que, como nacionalidad histórica, le corresponde dentro de España y, a través de ella, su pertenencia a la Unión Europea...* Y otras dos en la Disposición Adicional Primera, relativa al Patronato del Archivo de la Corona de Aragón, y que habla de *la nacionalidad histórica de Aragón* allí donde el texto de 1996

(51) La propuesta de reforma aprobada por las Cortes de Aragón puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, Número 236, Año XXIV, Legislatura VI, 23 de junio de 2006.

hablaba —más correctamente— de la *Comunidad Autónoma aragonesa* y de la *Comunidad Autónoma de Aragón* (52).

La senda no había concluido en 1996; la definición de Aragón en 2007 como *nacionalidad histórica* era el verdadero punto de llegada (o quizás sólo un nuevo hito en el camino).

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

El alcance del cambio de definición operado por la última reforma estatutaria —un cambio que, sintomáticamente, no levantó en esta ocasión ninguna voz en contra— varía según la interpretación. Así, Antonio EMBID opina que «(e)l texto ha variado un poco en relación a la redacción de 1996» (53). Efectivamente, no puede afirmarse, al menos desde un punto de vista formal, que el cambio haya sido importante. Incluso, materialmente, abonaría esta creencia el hecho ya conocido de que, desde los albores del proceso estatutario aragonés, los términos *nacionalidad* y *nacionalidad histórica* han sido, en multitud de ocasiones, términos intercambiables. Además, el propio artículo 1.1. EAAr *in fine* sigue entendiendo que Aragón es una nacionalidad. Es obvio que la diferencia no es sustancial, pero es obvio también que ésta existe desde el momento en el que un término se cambia por otro o, al menos, se precisa con la introducción de un calificativo que lo acompaña. El término *nacionalidad* ya contiene, en su significado, un componente histórico, por lo que el calificativo *histórica* constituiría, gramaticalmente, un epíteto. Pero su uso no es casual y busca, precisamente, el reforzamiento de tal elemento semántico.

El adjetivo *histórica*, acompañando al vocablo *nacionalidad*, es harto revelador de los cambios y de la distinta suerte que un mismo término puede correr con el paso de los años, llegando a producir incluso curiosos resultados. Se recordará que, en los primeros ochenta, cuando se estaba elaborando el EAAr, Hipólito GÓMEZ DE LAS ROCES preguntaba si se iba a prohibir el uso de la palabra *nacionalidad*, aunque se calificase como histórica. La utilización de esta conjunción concesiva denotaba que la nacionalidad histórica era

(52) En sintonía con la nueva definición, el artículo 1.1. de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón afirma: *El Presidente ostenta la suprema representación de Aragón y la ordinaria del Estado en el territorio de esta nacionalidad histórica.*

(53) EMBID IRUJO [2008: p. 34 (nota 37)].

algo menos que la nacionalidad sin más; su uso reconocía la grandeza del pasado histórico de Aragón, pero era también la confesión implícita de que no podía predicarse algo similar en aquel momento (54). Pero el significado político del término *histórica* ha variado sustancialmente en el escenario de las últimas reformas estatutarias; de este modo, *lo histórico* aporta hoy un plus de legitimidad en virtud del cual es *mayor* la importancia simbólica de aquellas nacionalidades que puedan aportar este título acreditativo que hunde sus raíces en un pasado indefectiblemente glorioso y arteramente seleccionado y sometido a un proceso de *aggiornamento* (55).

Casi todas las recientes reformas estatutarias incluyen la definición como *nacionalidad histórica* de sus respectivas comunidades (56). A la hora

(54) También Juan Antonio BOLEA, como se vio, concedió en alguna ocasión al calificativo *histórica* esta significación.

(55) Vid. la excelente obra de Roberto BIANCO VALDÉS citada en la Bibliografía.

«La historia es siempre signo de distinción y la antigüedad vale como pergamino que acredita hidalguía», en BENEYTO (1980: p. 153).

Un muy agudo análisis de la utilización del pasado para el logro de objetivos presentes, se encuentra en MURILLO FERROL (1997).

No hay que desatender, no obstante, para el caso aragonés, estas palabras de José TUDELA ARANDA: «... la adición del calificativo «histórica», y más con el precedente catalán, no sólo puede leerse como un exceso historicista sino también en clave de reduccionismo político», en TUDELA ARANDA (2009a: p. 224).

(56) Además de Aragón, la Comunitat Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril) e Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero) se definen como *nacionalidad histórica* en sus Estatutos reformados (la Comunitat Valenciana ya se había definido de esta manera en su inicial Estatuto del año 1982).

La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña introduce el término *nación* y mantiene la definición como *nacionalidad*.

Extracto del *Preámbulo*: *El Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución Española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad.*

Art. 1: Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.

Art. 8.1.: Cataluña, definida como nacionalidad en el artículo primero, tiene como símbolos nacionales la bandera, la fiesta y el himno.

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía define a Andalucía como *nacionalidad histórica*, aunque en el texto aparece prácticamente como sinónimo de *nacionalidad* sin más, de modo algo similar a lo que ocurre en el Estatuto aragonés. Sin embargo, un extracto del *Preámbulo* aclara que «(e)l Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna».

Por último, la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León define a Castilla y León como *comunidad histórica y cultural*.

de tratar de precisar algo más el término en relación con los sujetos que lo ostentan, vienen a la mente las palabras de Camilo José CELA cuando —tratando de acotar el significado del concepto *novela* en el prólogo a *Mrs. Caldwell habla con su hijo*— escribía: «Novela es todo aquello que, editado en forma de libro, admite debajo del título, y entre paréntesis, la palabra *novela*». Parafraseando al nobel gallego, podríamos sostener: «Nacionalidad (o nacionalidad histórica) es toda aquella comunidad que, en su Estatuto de Autonomía, se define como nacionalidad (o como nacionalidad histórica)» (57). Tal afirmación, digna de Perogrullo, encierra no obstante el secreto del asunto, que no es otro que el hecho de que —desechados los intentos no fundamentados en Derecho de relacionar la definición estatutaria con el contenido de la D. T. Segunda CE (58)— los términos *nacionalidad* o *nacionalidad histórica* devienen aptos para cualquier comunidad, debido a que no son términos acotables ni conceptual, ni mucho menos jurídicamente.

El valor de estos conceptos es un valor, fundamentalmente, simbólico. Es decir, de ellos no se derivan efectos jurídicos concretos e inmediatos de carácter práctico. En un libro reciente, titulado significativamente *Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales*, el profesor Jesús MORALES ARRIZABALAGA ha manifestado su incompreensión ante aquéllos que niegan estos efectos y minimizan el alcance de lo simbólico, ya que «(p)arece que identifican eficacia o efectos con 'exigibilidad' y, en concreto 'exigibilidad jurisdiccional'» (59). Con respecto al caso específico de la definición de Aragón como *nacionalidad histórica*, este autor afirma: «No veo fácil explicar cómo una regulación que forma parte de una norma, del articulado de una norma vigente, puede quedar excluida de la eficacia jurídica general que corresponde al texto del que forma parte. En la Teoría de la Norma que yo conozco, un texto legal vigente lo está en todo su articulado, hasta que no haya una resolución jurisdiccional que decrete la nulidad total o parcial. (...) Mi

(57) Vid., al respecto, la tercera y, sobre todo, la cuarta acepción de *nacionalidad* en el DRAE: «Comunidad autónoma a la que, en su Estatuto, se le reconoce una especial identidad histórica y cultural» y «Denominación oficial de algunas comunidades autónomas españolas».

(58) Los casos de Andalucía y de la Comunitat Valenciana —que, desde el inicio de sus andaduras autonómicas, se definieron, respectivamente, como *nacionalidad* y como *nacionalidad histórica*— ya pusieron entonces de manifiesto la ausencia de relación entre las definiciones estatutarias y lo dispuesto por la D. T. Segunda CE.

(59) MORALES ARRIZABALAGA (2007: pp. 253 y 254-255) (entrecuadrados en el original).

análisis —prosigue MORALES— es más flexible: algo produce efectos jurídicos cuando por cualquier procedimiento termina modificando una norma o su aplicación. Esto incluye las situaciones en que se produce un cambio o ajuste del significado de un término, la acuñación de un neologismo o cualquier alteración relevante de la cultura jurídica, de la cual se nutren, y en la que encuentran soporte, las normas jurídicas» (60). De las propias palabras de Jesús MORALES parece derivarse la aceptación de que este tipo de definiciones no provoca efecto alguno en materia competencial, ni en lo relativo a la organización institucional de las CCAA. Estoy, no obstante, de acuerdo en que ello no tiene por qué significar una ausencia absoluta de efectividad y en que la caracterización de Aragón como *nacionalidad histórica* informa el contenido del texto estatutario y puede influir en la interpretación que del mismo se efectúe, así como también en la legislación que lo desarrolle (61). Pero, precisamente por ello, ésta es una razón añadida para —adelantando el contenido de la propuesta que se hará en este artículo— evitar este tipo de definiciones en los Estatutos de Autonomía.

Es necesario efectuar una nítida separación de ámbitos. De esta manera, por un lado encontraríamos el plano de lo histórico, de lo sociológico, de lo sentimental-identitario, de la pertenencia, el plano, incluso, del debate intelectual; y, por otra parte, se hallaría el plano estrictamente jurídico. Me parece un grave error teñir el segundo con los colores del primero (62).

Un texto jurídico no cuenta entre sus cometidos con el de recoger sentimientos. Aragón, por ejemplo, podrá ser una nacionalidad histórica o podrá ser, incluso, una nación. Independientemente del problema que, como sabemos, plantea acotar estos términos, repito que es posible que esto sea así. Y lo es, sobre todo, en el parecer y en el sentir de ciudadanos concretos, ciudadanos que son libres de encontrarse más cerca o más

(60) *Ibid.*, p. 253.

(61) De hecho, la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón se encuentra en la actualidad trabajando en la elaboración de un proyecto de ley de derechos históricos, que podría entenderse —aunque no únicamente— como concreción y desarrollo legislativo de la definición que de Aragón hace su Estatuto de Autonomía (vid. *Heraldo de Aragón*, domingo 17 de enero de 2010, p. 6).

(62) «El caso es que algunas cuestiones que deberían permanecer hoy en las serenas regiones del mundo académico tienen una significativa y directa repercusión en la vida cotidiana de nuestro Estado de las Autonomías», en BLAS GUERRERO (1992-1993: p. 59).

lejos de una identidad u opinión determinadas. Pero me parece necesario resaltar que éstos son unos datos, en el mejor de los casos, irrelevantes para un instrumento jurídico como es un Estatuto de Autonomía y, en el peor, gravemente disfuncionales. El debate acerca de si Aragón es o no una nacionalidad histórica, y, en su caso, la declaración de que lo es, encontraría mejor acomodo en un aula universitaria o en una conversación entre ciudadanos, que en el artículo primero de la norma estatutaria (63).

Alguna referencia se hizo páginas atrás a la discusión —que sigue presente— acerca de la conveniencia de utilizar los términos *nación* o sus derivados para referirse a realidades políticas anteriores al revolucionarismo liberal. El profesor Jesús MORALES entiende que son perfectamente aplicables, y trata de demostrarlo aduciendo ejemplos de su uso en un pasado anterior al siglo XVIII (64). Óscar ALZAGA también expresó en su día que «hay que acoger con reservas la doctrina que vincula el origen de las naciones a la época liberal que se abre con la Revolución francesa» (65). Sin embargo, la existencia previa —por nadie discutida— es la de un término que posee, incluso en sus significaciones más estrictamente políticas, otro contenido distinto a lo que la doctrina liberal —y el pensamiento político posterior— entendió y entiende por *nación* (66).

Muy distinta a la de MORALES y ALZAGA es la postura que adopta José TUDELA ARANDA al afirmar: «Son tiempos contradictorios y entre olas de modernidad, la apelación a la historia despierta grandes dosis de consenso y entusiasmo. Este consenso no debiera ocultar los conflictos que laten tras la calificación de una nacionalidad como *histórica*. La nación, demasiados lo olvidan, es un término que nace a finales del Siglo XVIII y sólo explota en el curso del XIX» (67). Recuerda este argumento al que vimos que utilizaba José Luis MERINO Y HERNÁNDEZ en la Asamblea Mixta

(63) Sin tanto relativismo como el que concedo aquí al tema, pero con muy similar intención, escribía José-Luis MERINO Y HERNÁNDEZ en 1983: «En último término, nada deja de ser lo que es simplemente porque no se autocalifique de una forma determinada. Si Aragón es una nacionalidad, seguirá siéndolo con independencia de que ese vocablo no se haya incluido en el Estatuto», en MERINO Y HERNÁNDEZ (1983: p. 23).

(64) MORALES ARRIZABALAGA (2007: pp. 255-257).

(65) ALZAGA VILLAAMIL (1978: p. 99).

(66) Un debate similar podría establecerse en torno al término *Constitución* y sus derivados. Una frase como «(e)l término nación está en el centro de la teoría constitucional en el siglo XVI» [en MORALES ARRIZABALAGA (2007: p. 256)] reúne ambos términos, echándose en falta la introducción de abundantes matices.

(67) TUDELA ARANDA (2009a: p. 81).

de Parlamentarios y Diputados Provinciales que redactaba el proyecto de EAAr en 1981.

Mi opinión es coincidente con la de TUDELA ARANDA, con la única salvedad de que considero que el término *nacionalidad* incluye, como ya he dicho, una carga histórica, aun cuando no se hable expresamente de *nacionalidad histórica* (68). Salvado esto, me sumo, desde luego, a la demanda de una actitud cautelosa al objeto de utilizar los términos en sus marcos históricos adecuados y correctos.

Van apareciendo a lo largo de estas últimas líneas algunas de las claves. Pero creo llegado el momento de formular una *conclusión-propuesta* con claridad.

Si bien concedí, dada la coyuntura político-social del año 1978, un positivo papel a la introducción de las *nacionalidades* en la Constitución Española —incluso pese a los inconvenientes de ella derivados—, sostengo la opinión de que en España se han adquirido ya la experiencia, el conocimiento y la madurez democráticos necesarios para ir soltando el lastre del historicismo en la construcción autonómica (69). Sería altamente positivo caminar hacia una erradicación de delimitaciones y definiciones como las que aquí se han visto. Es éste un deseo que, como puede observarse, choca con la evidencia de la realidad y con los movimientos en los que estamos inmersos. La trayectoria, aquí estudiada, del caso aragonés es una magnífica prueba. Nada hace esperar que, a corto plazo, las cosas vayan a cambiar. De hecho, la *nacionalidad histórica* es ya casi un capítulo superado y menor en comparación con el del debate en torno al

(68) Aparte esta carga histórica, la redacción que el artículo 1.1. EAAr tenía tras la reforma de 1996 reforzaba esta idea al establecer: *Aragón, en expresión de su unidad e identidades históricas como nacionalidad...*

(69) Javier CORCUERA ha escrito al respecto: «... la distinción constitucional entre «nacionalidades» y «regiones» pretendió favorecer una integración democrática entre los diversos pueblos que componen la nación española. Ello se ha conseguido en parte, pero, por otra, ha definido el viejo problema en un terreno diferente. En la construcción de las nacionalidades emprendida desde la puesta en marcha de la Autonomía han primado posiblemente con exceso elementos que han afirmado lo nacionalitario mediante una exagerada negación de lo definido (y construido) como ajeno, y ello ha repercutido en la estabilidad política e institucional del conjunto. (...) Pese a todo, la afirmación nacionalitaria sigue suponiendo en determinados casos no tanto una expresión de la diferencia cuanto la voluntad de seguir construyéndola. Nos movemos ahora en el terreno de la política más que en el del Derecho y, en consecuencia, sólo pueden ser políticas las valoraciones y propuestas a realizar en este punto. Es obvio, sin embargo, que aquellas políticas inciden en el Derecho, pero pueden igualmente ser corregidas por el Derecho», en CORCUERA ATIENZA (1992-1993: p. 31).

término *nación*, inaugurado por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, y que encierra más complejas implicaciones jurídicas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC), en su esperada Sentencia (STC) 31/2010, de 28 de junio, acerca de la calificación constitucional de diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha confirmado la interpretación que del término *Nación* se hacía en páginas anteriores. En el Fundamento Jurídico (FJ) Octavo, se afirma que «(n)o puede ocultarse que la utilización de términos tan conceptualmente comprometidos como son los de nación y pueblo o la referencia a los derechos históricos en el contexto de la invocación de los fundamentos sobre los que se asienta el Ordenamiento en su conjunto o algunos de sus sectores puede dar lugar a equívocos y controversias en el orden propio de la razón política. El nuestro, sin embargo, es sólo el orden de la razón en Derecho; más precisamente, de la razón jurídico-constitucional, terreno en el que la voluntad constituyente formalizada en la Constitución no deja lugar a dudas sobre el origen y fundamento del orden constituido todo, ni admite más controversia que la que, ordenada en Derecho, ha de resolver, con carácter definitivo, este Tribunal Constitucional».

Desde este posicionamiento, debe entenderse que «la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española» (FJ Duodécimo); en este mismo FJ, la STC 31/2010 se refiere a «una polisemia por completo irrelevante en el contexto jurídico-constitucional».

Esta Sentencia sostiene, asimismo, que calificar a los símbolos de Cataluña como *nacionales* ha de interpretarse en el sentido de que éstos son «símbolos de una nacionalidad constituida como Comunidad Autónoma en el ejercicio del derecho que reconoce y garantiza el art. 2 CE, pues así expresamente se proclama en el art. 1 EAC y se reitera en el art. 8 EAC. Se trata, en suma, de los símbolos propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española» (FJ Duodécimo).

Es por todo ello que el TC falla que «(c)arecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del Preámbulo del Estatuto de Cataluña a

“Cataluña como nación” y a “la realidad nacional de Cataluña”», así como que la citada referencia a los *símbolos nacionales* de Cataluña sólo será constitucional en tanto se interprete en los términos sabidos del FJ Duodécimo.

En cualquier caso, quizás haya llegado el momento de afirmar que *Nación, nacionalidad, nacionalidad histórica*, etcétera, son conceptos en buena medida inservibles para la correcta comprensión de las realidades políticas actuales, son ideas que han perdido su capacidad explicativa y su modernidad. Como ha escrito Francisco SOSA WAGNER, «... en Europa la idea de nación y su derivado el nacionalismo han dejado de ser motor de historia alguna, inconvenientes e insuficientes como son para construir estructuras políticas válidas y con perspectivas de largo aliento en este siglo XXI. Por esta razón resulta tan anticuado y tedioso el debate español actual en torno a las naciones, realidades o aromas nacionales suscitado con ocasión de las reformas de los Estatutos de las comunidades autónomas. (...) Insistimos: se trata de una polémica trasnochada, fastidiosa (¿acabará algún día?) y, lo que es peor, a nuestro juicio, muy reaccionaria al estar construida sobre categorías políticas periclitadas (70).

El debate, por tal motivo, lejos de entablarse en torno a las definiciones de las CCAA, mejor sería abrirlo, en todo caso, al objeto de determinar qué hacer con la *Nación española* del texto constitucional.

Los cambios y acontecimientos producidos en más de treinta años han dado lugar a un escenario en el que ha quedado a la vista la mayor o menor verdad o exactitud de algunos de los argumentos que se esgrimieron en la época constituyente y en los años inmediatamente posteriores. La voluntad diferenciadora y voluntariamente asimétrica que se escondía tras la apelación a la nacionalidad se ha revelado, finalmente, como una energía bastante débil. El caso aragonés ofrece una muy buena ilustración de este fenómeno: las diferencias, cuando han existido, han debido buscarse en otros lugares y han sido otras las fundamentaciones que han poseído, distintas e independientes de unas u otras definiciones. Esto ha llegado a ser así, incluso, es la esfera más propiamente simbólica, en la que bien podría hablarse —con respecto a las *nacionalidades* y a las *nacionalidades históricas*— de una cierta *neutralización por extensión*. No deben estas afirmaciones, sin embargo, conducir a engaño: las voluntades

(70) SOSA WAGNER y SOSA MAYOR (2006: p. 189).

asimétricas y diferenciadoras, fomentadas por ciertos nacionalismos, no han desaparecido, pero, como sabemos, son otros los términos —nada nuevos, por cierto— que hoy se esgrimen. Aragón también ofrece aquí un ejemplo, siquiera como modelo de una Comunidad indudablemente autonomista que, sin embargo o por ello mismo, no ha entrado, al menos por el momento, a utilizar en las batallas terminológicas estas otras armas. Los años transcurridos parecen haber reafirmado la idea de que, a despecho de la etimología, existen más coincidencias entre la región y la nacionalidad que entre ésta y la nación; ello sin perjuicio de la interpretación efectuada por la STC 31/2010.

Es necesario distinguir claramente entre la constitucionalidad de definiciones del tipo de las que en este artículo se analizan y su oportunidad o su capacidad operativa desde un punto de vista jurídico. El futuro, a mi modo de ver, habría de pasar por la elección de la razón frente a los reclamos de la historia, profundizando en los elementos federales del modelo español de distribución territorial del poder (71) y completando, así, un Estado federal con las herramientas de la asepsia racional que le es inherente (72).

Fue, precisamente, un genio nacido en Aragón quien titulaba uno de sus grabados de su serie *Los caprichos* con una frase hoy ya famosa: *El sueño de la razón produce monstruos*. A través de esta sentencia, su autor, Francisco DE GOYA, pretendía alertar de las funestas consecuencias

(71) Una exposición de tales elementos se halla en AJA (2003: pp. 95-168).

(72) Vid., como muestra, BLANCO VALDÉS (2005), SOSA WAGNER y SOSA MAYOR (2006), CARRERAS SERRA (2009) y TUDELA ARANDA (2009a; 2009b).

El profesor Francesc DE CARRERAS SERRA —en CARRERAS SERRA (2010)— pone de manifiesto cómo el camino iniciado por la última reforma estatutaria catalana ha impedido la consolidación, a falta de ciertos ajustes, de un modelo federal en España, cuya andadura se encontraba ya muy avanzada. Este artículo resulta igualmente de gran interés para mejor conocer las ideas de algunos autores citados en las primeras páginas de este trabajo —PI Y MARGALL y PRAT DE LA RIBA, especialmente— y entender así las raíces de los debates actuales. DE CARRERAS demuestra cómo el modelo federal casi alcanzado era deudor de PI y resalta su contraposición con la plurinacionalidad y las asimetrías hoy imperantes. Resulta de gran interés constatar que, en líneas generales, los autores y figuras políticas que han blandido la bandera de las naciones y de las nacionalidades siempre se han mostrado contrarios a un federalismo como el pimargalliano (a «[e]l racionalismo democrático, contractualista y laico de Pi y Margall», según palabras del autor del artículo).

En CARRERAS SERRA (2009) este autor ya había afirmado que «faltaban muy pocos elementos para que España, en el año 2003, tuviera todas las características de un Estado federal» (p. 101).

TUDELA opina que un camino dirigido a la federalización debería pasar por una reforma constitucional que dejase fuera a quienes tienen como objetivo «conformar Estados propios desde actuales territorios autonómicos»; vid. TUDELA ARANDA (2009c: pp. 241-242).

que el olvido o el abandono de la razón —una razón dormida, en definitiva— podía ocasionar. En esta lámina puede observarse a un hombre —¿el propio GOYA?— recostado sobre su mesa de trabajo, dormido o asustado por los animales monstruosos que lo acechan: su razón ha bajado la guardia. El adagio goyesco en ocasiones ha tratado de interpretarse en un sentido contrario al original —los últimos siglos han sido testigos de cómo la llamada a la razón constituyó el apoyo para la perpetración de innumerables atrocidades—, pero la apelación a la razón que en este artículo se hace es la apelación a la razón democrática, fuera de cuyos límites toda construcción jurídico-política se verá amenazada por *monstruos*. El mito de la historia (73) es, al fin y al cabo, la antítesis de la racionalidad normativa democrática.

Es cierto que la cuestión de las definiciones es, probablemente, el elemento más inocuo de todos aquellos factores historicistas que empañan la racionalidad del actual modelo autonómico español. Más gravedad presentan, sin ninguna duda, los problemas planteados por la apelación a los derechos históricos o, de manera especial, los modelos fiscales basados en un esquema confederal altamente perturbador. Pero incluso lo más *inocente*, la carga menos pesada, sería positivo que se abandonase para mejor arribar al destino aquí propuesto.

En definitiva, quizás no sea mala idea la de dar cuerda a los relojes parados al objeto de no confundir el momento en que vivimos con otros momentos pasados (o imaginados) y meditar si verdaderamente deseamos que sean los cadáveres —o, mejor dicho, los fantasmas— quienes configuren la realidad jurídico-política de los ciudadanos que habitamos la España del siglo XXI.

(73) Un espléndido estudio de la presencia del mito en la esfera política se encuentra en GARCÍA-PELAYO (1981) (de especial interés resulta el capítulo «Mito y actitud mítica en el campo político»).

Como ha escrito Juan José SOLOZÁBAL, «(u)n mito es una afirmación simple, fácilmente incluíble en un símbolo, *leit motiv* o argumento, con un propósito movilizador en la medida que contiene una demanda relacionada con la felicidad del colectivo o grupo, la nación, a la que se dirige y cuya cohesión refuerza. (...) El mito es, antes que nada, un mensaje elemental presentado en términos emotivos y dirigido a la colectividad», en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2004: p. 309).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo (2003): *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial.
- ÁLVAREZ JUNCO, José (2005): «El nombre de la cosa. Debate sobre el término nación y otros conceptos relacionados», en José ÁLVAREZ JUNCO, Justo BERAMENDI y Ferrán REQUEJO, *El nombre de la cosa. Debate sobre el término nación y otros conceptos relacionados*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1978): *La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático)*, Madrid, Ediciones del Foro.
- BENET I MORELL, Josep (1978): «Sobre el término «nacionalidades», aún», en *El País*, 30 de junio.
- BENEYTO, Juan (1980): *Las Autonomías. El poder regional en España*, Madrid, Siglo XXI de España Editores.
- BERMEJO VERA, José y FATÁS CABEZA, Guillermo (1985): «Artículo 1», en José BERMEJO VERA (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Madrid, Ministerio de Administración Territorial – Instituto de Estudios de Administración Local.
- BLANCO VALDÉS, Roberto (2005): *Nacionalidades históricas y regiones sin historia. A propósito de la obsesión ruritana*, Madrid, Alianza Editorial.
- BLAS GUERRERO, Andrés de (1992-1993): «Los nacionalismos españoles y el Estado autonómico», en *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, octubre (1992) – marzo (1993), pp. 57-72.
- (1994): *Nacionalismos y naciones en Europa*, Madrid, Alianza Editorial.
- BLAS GUERRERO, Andrés de y GONZÁLEZ CUEVAS, Pedro Carlos (2006): «El concepto de nación en la España del siglo XX», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 163, junio, pp. 8-16.
- CARRERAS SERRA, Francesc de (2006): «El término nación española en su contexto constitucional», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 40, «Constitución y democracia», pp. 9-42.
- (2009): «La reforma territorial: el cierre del modelo», en José TUDELA ARANDA y Mario KÖLLING (eds.), *La reforma del Estado Autonómico espa-*

- ñol y del Estado Federal alemán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico.
- (2010): «La España que casi llegó», en *La Vanguardia*, 25 de febrero.
 - CONTRERAS CASADO, Manuel (1987): *El Estatuto de Autonomía de Aragón. Las bases jurídico-políticas y documentales del proceso autonómico aragonés*, 2 vols., Zaragoza, Cortes de Aragón.
 - (1997): «Memoria del proceso autonómico: la reforma del Estatuto aragonés en el contexto político y parlamentario del desarrollo a la autonomía», en esta REVISTA, núm. 10, pp. 35-62.
 - (1998): *La forja de la autonomía: bases documentales del proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Cortes de Aragón.
 - (2000): «La importancia de llamarse nacionalidad», en Alberto PÉREZ CALVO (coord.), *Estado, nación y soberanía (Problemas actuales en Europa)*, Madrid, Secretaría General del Senado.
 - (2003): «Aragón», en Eduardo ESPÍN TEMPLADO (coord.), *La Constitución de 1978 y las Comunidades Autónomas*, Madrid, Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
 - (2005a): «Notas (marginales) sobre la construcción del Estado autonómico», en Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (ed.), *Constitución y democracia. 25 años de Constitución democrática en España*, vol. II, Bilbao, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Universidad del País Vasco.
 - (2005b): «Reforma estatutaria y Estado autonómico: En construcción (Entre la necesidad y la oportunidad)», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de esta REVISTA, VIII, Zaragoza, Gobierno de Aragón.
 - (2006): «Las reformas de los Estatutos de Autonomía. Viejos y nuevos tiempos en la construcción del Estado autonómico», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 11, pp. 11-33.
 - (2009): «Notas sobre la reforma del Estado autonómico y algunas de sus tendencias futuras», en José TUDELA ARANDA y Mario KÖLLING (eds.),

- La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico.
- CORCUERA ATIENZA, Javier (1992-1993): «La distinción constitucional entre nacionalidades y regiones en el decimoquinto aniversario de la Constitución», en *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, octubre (1992) – marzo (1993), pp. 13-31.
- Debates parlamentarios sobre la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés*, Zaragoza, Cortes de Aragón, 2004.
- EMBED IRUJO, Antonio (2008): «Sobre la evolución del Derecho Público Aragonés. Algunas reflexiones interesadas», en Antonio EMBED IRUJO (dir.), *Derecho Público Aragonés*, 4ª ed., Zaragoza, El Justicia de Aragón.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1981): *Los mitos políticos*, Madrid, Alianza Editorial.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos (1999): *Demanda regional y proceso autonómico. La formación de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Madrid, Tecnos-Gobierno de Aragón.
- GELLNER, Ernest (2008): *Naciones y nacionalismo*, Madrid, Alianza Editorial.
- GÓMEZ DE LAS ROCES, Hipólito (2002): «Análisis histórico-jurídico de la elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía de Aragón así como de sus sucesivas reformas», en José Antonio ARMILLAS VICENTE (coord.), *Aragón. Veinte años de Estatuto de Autonomía. 1982-2002*, Zaragoza, Gobierno de Aragón.
- MARÍAS, Julián (1978): «Nación y "nacionalidades"», en *El País*, 15 de enero.
- MELIÀ I PERICÀS, Josep (1978): «Julián Marías y el concepto de nación», en *El País*, 31 de enero.
- MERINO Y HERNÁNDEZ, José-Luis (1983): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Guara Editorial.
- (2002): «La elaboración del Estatuto de Autonomía de Aragón desde la Unión de Centro Democrático», en VV. AA., *Memoria del Estatuto. Crónica política de la elaboración y primeros pasos del Estatuto de*

- Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Asociación de Exparlamentarios de las Cortes de Aragón.
- MILL, John Stuart (1994): *Del gobierno representativo*, Madrid, Tecnos.
- MORALES ARRIZABALAGA, Jesús (2007): *Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales*, Zaragoza, Gobierno de Aragón – Vicepresidencia – Dirección General de Desarrollo Estatutario.
- MURILLO FERROL, Francisco (1997): *Reflexiones sobre el pasado y su inevitable manipulación*, Discurso de Recepción del Académico de Número Francisco Murillo Ferrol y Contestación de Salustiano del Campo Urbano, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- PÉREZ CALVO, Alberto (2005): *Nación, nacionalidades y pueblos en el Derecho español*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- PI Y MARGALL, Francisco (1986): *Las nacionalidades*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PRAT DE LA RIBA, Enric (1993): *La nacionalitat catalana. Compendi de la doctrina catalanista*, Barcelona, Edicions de La Magrana y Diputació de Barcelona.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel (1989): *Partidos políticos y Constitución (Un estudio de las actitudes parlamentarias durante el proceso de creación constitucional)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ROCA I JUNYENT, Miquel (1978): «Una primera aproximación al debate constitucional», en VV. AA., *La izquierda y la Constitución*, Barcelona, Edicions Taula de Canvi.
- SOLÉ TURA, Jordi (1985): *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Madrid, Alianza Editorial.
- (1986): «Introducción a «Las nacionalidades» de F. Pi y Margall», en Francisco PI Y MARGALL, *Las nacionalidades*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (1980): «Nación, nacionalidades y autonomías en la constitución de 1978. Algunos problemas de la Organización territorial del Estado», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núms. 38-39, octubre, pp. 257-281.

- (2004), *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- (2008), «Artículo 2», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.) y Mercedes PÉREZ MANZANO e Ignacio BORRAJO INIESTA (coords.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Las Rozas (Madrid), Fundación Wolters Kluwer.
- SOSA WAGNER, Francisco y SOSA MAYOR, Igor (2006): *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Madrid, Trotta – Fundación Alfonso Martín Escudero.
- TUDELA ARANDA, José (2009a): *El Estado desconcertado y la necesidad federal*, Cizur Menor (Navarra), Civitas – Thompson Reuters.
- (2009b): «La necesidad federal desde los Estatutos de Autonomía de Segunda Generación», en José TUDELA ARANDA y Mario KÖLLING (eds.), *La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado autonómico.
- (2009c): «El Estado Autonómico treinta años después: ensayo de una valoración», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, pp. 191-242.

EL MIEDO O «TERRIBILITA» EN LA GERENCIA(*)

JUAN B LORENZO DE MEMBIELA

SUMARIO: I. DERECHO Y MIEDO.– II. ADMINISTRACIONES Y «SOCIEDAD ASIMÉTRICA».– III. CREATIVIDAD INVOLUTIVA.– IV. ENTRE LA COACCIÓN DEL PODER Y EL INTERÉS GENERAL.– V. INTERPRETATIVISMO Y NO INTERPRETATIVISMO.– VI. EL PRINCIPIO DE EFICACIA COMO SUSTRATO DEL APARATO BURÓCRATA.

RESUMEN: Son diversas las formas de gerencia que pueden admitirse y unas cuantas más las que se realizan. Descartando aquellas heredadas y en las que la labor del gerente no aporta ni corrige nada, el mayor número de ellas implica decisiones que afectarán a toda la organización. La fuerza de la legitimidad o la obediencia por el miedo son dos caras de un único propósito: la gerencia, aunque con resultados a nivel personal muy diferentes.

Palabras clave: comportamiento administrativo; legitimación de la gerencia; efectos del miedo en la Administración; lesión de derechos fundamentales; gestión en la libertad; funcionario y dignidad.

ABSTRACT: *They are diverse the management forms that can be admitted and unite how many more those that are carried out. Discarding those inherited and in those that the manager's work doesn't contribute neither it corrects anything, their bigger number it implies decisions that will affect to the whole organization. The force of the genuineness or the obedience for the fear are two faces of an only purpose: the management, although with results at personal very different level.*

Key words: *administrative behavior; legitimization of the management; effects of the fear in the Administration; injury of fundamental rights; management in freedom; civil servant and dignity.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 29 de marzo de 2010 y evaluado favorablemente ara su publicación el 27 de septiembre de 2010.

I. DERECHO Y MIEDO

El miedo como instrumento de poder es destacado por sociólogos que lo identifican como instrumento de que se valen las organizaciones junto a la coacción para la consecución de sus metas. Para Elías, la violencia y el miedo, son caras activa y pasiva de la coacción (1). Frente al miedo cabe oponer la valentía, entendiendo como valiente quien no deja de hacer lo que debe por el miedo a sus consecuencias o por el esfuerzo, entendiendo la inhibición, expresa o tácita, como cobardía.

En la sociedad, el miedo se impone con comodidad, animosamente, dado su carácter hedonista, aunque parezca contradictorio: el miedo es un sentimiento de protección para evitar consecuencias perjudiciales. Y en ese transcurrir sin horas, el funcionario se alza insolidario contra los abusos refugiándose en la *comfortable* posición de la *lejanía* personal con la víctima, una huida de entre muchas. La administración pública, como organización, constituye la realidad social *que mejor expresa y permite identificar las reglas de funcionamiento y evolución de los procesos sociales*, basándonos en Lucien KARPIK (2) y de ahí su importancia para estudiarla.

El castigo genera aislacionismo y ello es un plus punitivo no ponderado en los reglamentos. La posibilidad de ser rechazado por la comunidad es otra consecuencia del miedo que modula voluntades (3) por el aislamiento que quiebra la naturaleza social del hombre. *El ánimo se acobarda con miedo*, asienta Lucio Anneo SENECA (4). Ya Max WEBER, pondera el valor del miedo dentro de la organización que no es otro que la obediencia del funcionario, *condicionada por motivos de miedo y de esperanza muy poderosos —miedo de la venganza del poderoso o de poderes mágicos, esperanza de una recompensa en este mundo o en el más allá— y, además, por otros intereses muy diversos* (5).

(1) BEJAR MERINO, H., «La sociología de Norbert Elías: Las cadenas del miedo», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 56, 5, p. 76.

(2) KARPIK, L., *Organizations and Environment. Theory, Issues and Reality*, Sage Publications Inc, California, 1978.

(3) Cfr. WERT, J. I., «No le contéis a mi madre que hago encuestas políticas. Ella cree aún que soy pianista en un burdel», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2002, 99, p. 240.

(4) Lucio Anneo SENECA, *Tratados morales*, Libro Primero.

(5) WEBER, M., *El político y el científico*, 7ª edic., Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 85.

El miedo a las diferentes manifestaciones o más precisamente, personificaciones del Estado se instaura en una constante cuyas consecuencias no provienen de su actividad sino por la abstracción de instituciones que lo contengan. Pero sin duda, el hombre teme al poderoso, y lo es quien ostenta poder. El Estado, aduce WEBER, es la comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, *reclama para sí el monopolio de la violencia física legítima*. Cuánto más para sus propias estructuras de poder. De la época de WEBER se enfatiza la fuerza física, *vis phisycæ*, en tanto la *vis moralis* era desconocida a conciencia, posiblemente, por una visión embrionaria sobre el sufrimiento y la dignidad de la persona. La idea de libertad, igualdad y justicia no encontraba base en el valor dignidad.

Los castigos ejemplarizantes responden a la estrategia del miedo. Es una antigua práctica muy conocida (6). El uso del expediente, el control reglamentario *sensu stricto*, la potestad sancionadora, para aquellos que se sitúan en lo que se han llamado *relaciones de especial sujeción*, son argumentos que se emplearon para amedrentar y empañar gestiones con altos índices de calidad, participación y dirección horizontal. No es frecuente, porque la educación, factor ponderado por la NGP (New Public Management), se torna decisivo en tanto delata una forma —modelación del carácter— y modo de ser y actuar concretos. Que no debe confundirse con la inhibición o condescendencia sin finalidad. Sin embargo, concurren de vez en cuando, y concurrirán, formas de expoliación de dignidades, porque la ambición invita a la perversión. Otra cosa son los procedimientos de cómo se consuma la misma. Ello confirma lo que Hobbes preconizó (7):

«Lo que buscamos por naturaleza no son compañeros, sino la consideración y las ventajas que nos ofrecen..., toda sociedad se forma por utilidad o por vanidad; mejor dicho, a causa del amor de los hombres hacia sí mismos y no hacia sus semejantes... De modo que nadie puede dudar que los hombres, si no tuviesen miedo, estarían inclinados por naturaleza a anhelar la dominación más que la asociación. Hay que concluir, pues, que las sociedades numerosas y duraderas no se fundan en el amor recíproco de los hombres, sino en su miedo mutuo».

(6) La justicia penal empleó la ejemplaridad durante siglos consecuencia de la Teoría clásica del delito.

(7) HOBBS, T., *De Cive*, Península, Barcelona, 1987, pp. 197-99.

En definitiva, el control exterioriza poder y el mismo puede operar o de modo directo, medios ya expuestos, o indirecto, mediante formas de dominación imperceptibles – *unobtrusive control* (8).

II. ADMINISTRACIONES Y «SOCIEDAD ASIMÉTRICA»

NIETO, en 1970, en su estudio *Problemas capitales del Derecho disciplinario* (9), declaraba que las sanciones de personal no persiguen la corrección del funcionario y el mejoramiento del servicio. Yo creo que se busca, en ocasiones (pues no son admisibles generalizaciones), fines ajenos al objeto del servicio público debido por el funcionario. Actuaciones que escapan a un control en una clarificadora plasmación de las llamadas *inmunidades del poder*.

Se ha dicho que el *funcionario es un instrumento del poder político y lo que de él pide el Estado (y las demás Administraciones y Corporaciones) es su sumisión* (10). Una declaración que debe ponderarse con los avances de la economía de empresa, en cuanto se detecta la creación de una llamada «sociedad asimétrica» en donde individuos tienen limitada la defensa de sus intereses frente a la generalidad (11) en cumplimiento de esa sumisión plena a la organización. Cuando la dominación llega al extremo de violentar el fuero interno de la persona se genera un conflicto entre Administración-empleado que lesionará su derecho a la libertad de conciencia. Tendrá o no relevancia, tendrá o no importancia, pero se infringirá la CE: hubo un tiempo en que ello era importante.

Contemplamos la pugna entre el llamado *ethos burocrático* con sus valores de eficacia, eficiencia, jerarquía, centralización y el *ethos democrático* que defiende el sometimiento del empleado (y Administración) al régimen democrático y al interés general, como subraya Pugh (12).

(8) Western Journal of Communication, *Unobtrusive control in a leadership organization: integrating control and resistance*, en http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-7113774/Unobtrusive-control-in-a-leadership.html.

(9) NIETO, «Problemas capitales del Derecho disciplinario», en *Revista de Administración Pública*, 1970, 63, p. 39.

(10) NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edic. Marcial Pons., 2004, p. 29.

(11) COLEMAN, J., *The Asymmetric Society*, Siracusa University Press, Nueva York, 1972.

(12) PUGH, D. L.: «The Origins of Ethical Framework in Public Administration», en J. S. Bowman (ed.) *Ethical Frontiers in Public Management*, Jossey Bass, San Francisco, 1991.

Ambas concepciones cohabitan en una tensión continua por la presión de lo político que intenta redireccionar la actividad pública objetiva a intereses subjetivos, que no siempre deben ser identificados con el interés general(aunque formalmente puedan ser disfrazados como tales). Vienen a colación las reflexiones de Aranguren (13) cuando afirma la problemática entre ética y política, que motiva una tensión entre la lucha por la moral y el compromiso político. Este criterio es sostenido por FERNÁNDEZ GARCÍA (14), pues la inexistencia de esa tensión únicamente se manifiesta en sistemas totalitarios, final dramático como advierten WEBER, POPPER, BERLIN y ARON.

Cabría conciliar la tensión moral-política si se admite una ética *cívico-política de mínimos* sometida al respeto por la dignidad del ser humano, la seguridad, la autonomía, la libertad y la igualdad. Podría identificarse con la tesis de FRIEDRICH (15) defendiendo los controles derivados de la profesionalidad y la observancia de códigos deontológicos. Finer, en cambio, propone controles externos (16).

Una posición ecléctica, la de Morstein MARX, que refunde ambos criterios, político y judicial, junto a los códigos de buena conducta. Levitan, considera que los empleados públicos están obligados a una entrega política a la democracia y a los ciudadanos.

La Administración detenta poder y éste, por inercia de WEBER, se materializa en el control sobre sus miembros. Pero nunca las realidades en temas de organización son definitivas. Junto al poder de nombramiento de los cargos superiores de la Administración del art. 6 LOFAGE que confieren poder legítimo, coexisten otros, de hecho, que mediatizan a aquél (17). El modo de mantener un equilibrio eficiente consiste en una perfecta conmixión entre la aplicación del poder y la aplicación de la ausencia de poder.

(13) LÓPEZ-ARANGUREN, J. L., *Ética y política*, Guadarrama, 1968, pp. 65-6.

(14) FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Las relaciones entre la ética y la política. El punto de vista dramático desde Max Weber y Raymond Aron», en *Raymon Aron: un liberal resistente*, coord. Lasalle, J. M., FAES, Madrid, 2005, p. 97.

(15) FRIEDRICH, C.J., *Corruption Concepts in Historical Perspective*, en A. J. HEIDENHEIMER et al., *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1989.

(16) Vid. VILLORIA MENDIETA, M., en *Ética Pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 28-9 con remisión a COOPER, *The emergente of Administrative Ethics*, 1994.

(17) Vid. IVANCEVICH, J. H., KONOPASKE, R. y MATTESON, M., *Comportamiento organizacional*, MacGrawHill, 7ª edic., México, 2005, pp. 387 y ss.

Las teorías sobre los procesos de socialización y de formación de la personalidad evidencian la relación existente entre las dudas sobre la propia identidad y el miedo. Vivir en un entorno de *miedo* lesiona la integridad moral. Los derechos fundamentales son un límite a estas prácticas represivas, al menos, teóricamente, porque así constan en la CE. No comparto el axioma de SPINOZA: «Es terrible que la gente pierda el miedo» porque contradice el fundamento mismo del Estado de Derecho y es un transversalismo ideológico.

Para Ferrero, el poder está sólo al alcance de una minoría organizada pero esta minoría no se encuentra frente a una masa sino ante un universo de valores a los que se debe adherir (18), porque el uso de la fuerza no es infalible a la obediencia. El poder, la autoridad, debe venir reconocido, desde la base a la elite, no por miedo sino por legitimidad (19). Pero sin obviar que el hombre es temeroso por naturaleza debido, en parte, a su instinto de conservación, y en parte, a la falta de valores infranqueables que hagan soportable la adversidad.

Otro de los efectos del miedo es la división de la organización por empatía: genera desconfianza entre jefes y operativos y quiebra el compromiso ético de éstos con la empresa. La potenciación hasta límites extremos del principio de autoridad llega a romper los principios de la Gobernanza y con ello la imposibilidad de aplicar la buena gerencia (20).

El miedo impide la libertad, considerando la libertad, como *la capacidad personal y espacio público que me permiten desarrollar mi proyecto personal de felicidad*. Es decir, desarrollar autónoma y personalmente un proyecto de vida acorde con mis expectativas, limitaciones y talentos. Libertad dentro de un orden asumido que es configurado por el Estado Social y de Derecho cuyos valores de libertad e igualdad del art. 1. 1º CE impiden cualquier tipo de *terribilitá* y cualquier tipo de exención en el cumplimiento de la ley. Y ello debe ser así, porque como dijo Rousseau en 1755: «Si se encuentra en un pueblo un solo hombre que no esté sometido

(18) MARINA, J. A., *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Anagrama, Barcelona, 2005.

(19) FERRERO, G., *Pouvoir*, Nueva York, 1942; JONAS, F., *Storia della sociología*, Bari, 1970, p. 496 y Hillmann, K.H., *Diccionario enciclopédico de sociología*, cit., p. 580.

(20) DRUCKER P., *Drucker esencial*, Edhasa, Barcelona, 2003 y MELUZ GIL, I., «Comentario a la supresión de los Gobernadores Civiles por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)», en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 1997, 274-5.

a la Ley, todos los demás están sometidos a éste» (21). Que es idéntico a lo que Nixon, sobre las palabras de Lincoln, asentó: «Nadie está por encima de la Ley, nadie está por debajo de la Ley».

Estas reflexiones vertebran, de modo esencial, la concepción original del Estado liberal democrático-constitucional. Si esta idea quiebra el principio de igualdad constitucional del art. 1.1º CE, como valor fundamental de la CE, frustra el Estado de Derecho como antítesis al Estado policía y totalitario (22), sucumbiendo a la arbitrariedad política, administrativa o personal simplemente. Pero también el Estado Social, que *protege no sólo la libertad del Estado, sino la libertad en el Estado*. Y con él la cláusula *favor libertatis* o *in dubio pro libertate* que permite una protección jurisdiccional de los derechos del hombre.

La operatividad de este principio obliga a la Administración a escoger de entre varios actos limitativos posibles habilitados por la ley el que resulte menos restrictivo para la libertad individual (23). La definición del principio *favor libertatis* dada por la STC, Sala 2ª, 29 de mayo de 2000 (24) es ilustrativa de su fuerza expansiva. Y esa fuerza reside en el valor *libertad* del art. 1.1º CE, el FD quinto reflexiona:

«[...] Conforme ya ha quedado indicado, en un sistema como el que configura la Constitución, en el que la libertad desempeña un papel nuclear (STC 3/1992, de 13 de enero, F. 3), el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción. Por otra parte, y aunque la prisión provisional coincida materialmente con las penas privativas de libertad, ya que también consiste en una restricción de la libertad, al tratarse de una medida cautelar no puede ser confundida ni plenamente identificada con la pena de prisión; con la prisión provisional no pueden perseguirse fines punitivos ni de anticipación de la pena (por todas, STC 128/1995, F. 3).

Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio del «favor libertatis» (SSTC 32/1987 y 34/1987, ambas de 12 de marzo; 115/1987, de 7 de julio y 37/1996, de 11 de marzo) o del «in

(21) ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre hombres*, Losada, Buenos Aires, 2006.

(22) HILLMANN, K.H., *Diccionario enciclopédico de sociología*, 2ª reimp., Herder, Barcelona, 2005, p. 303.

(23) Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *La incidencia de la actividad administrativa en los derechos y libertades fundamentales de las personas*, RVAP, 1983, 6, pp. 155-185.

(24) RTC 2000,147.

dubio pro libertate» (STC 117/1987, de 8 de julio), *formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional «debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad»* (STC 88/1988, F. 1)[...].».

Item STC, Sala 2ª, 28 de octubre de 2002 (25), STC, Sala 2ª, 17 de febrero de 1998 (26) y STC, Sala 2ª, 11 de marzo de 1996 (27), lo que debe excluir hechos que justifiquen lo que Coleman denominó *estado asimétrico*, en donde la ley tenga «eficacias limitadas».

III. CREATIVIDAD INVOLUTIVA

La severidad anula la creatividad, como anula la motivación, el impulso, la promoción de ideas que optimicen el servicio pero también para sí, en un afán de construir reputación y con ello identidad dentro de la organización. De reconocer aportaciones propias, individuales. Se trata de evitar que se fabriquen operarios estereotipados, víctimas del «bourn-out». El desencanto, la depresión, el alcoholismo... son testigos de una situación inquietante por lo cotidiano y frecuente que se manifiestan. Consecuencia de un taylorismo burocrático que no se corrige porque no interesan otras alternativas gestoras, o no interesa asumir más responsabilidades que las mínimas. Aun en crisis, los riesgos de siempre mantienen su trágica realidad. La ineficacia de una política previsora, aún la publicación del RD 337/2010, de 19 de marzo, delata que la escala de valores y preferencias en la organización ha desplazado el factor humano al factor económico ignorando que ambos no son contradictorios sino complementarios.

Jacques MARITAIN habla de la *dignidad del trabajo* y el *sentimiento* de los derechos de la persona en el trabajo, que por ellos el funcionario es considerado persona; el trabajo como hecho moral afecta al empleado en su dignidad porque es expresión de su condición como persona (28). Y de

(25) RTC 2002, 196.

(26) RTC 1998, 37.

(27) RTC 1996, 37.

(28) MARITAIN, J., *El hombre y el Estado*, 2ª edic., trad. Palacios, J. M., Fundación Humanismo y democracia-Encuentro, Madrid, 2002, p. 111. y MARITAIN, J., *Los derechos del hombre. Cristianismo y democracia*, Biblioteca Palabra, Madrid, 2001, p. 78.

esta reflexión, la creatividad, la innovación, en cuanto nace de la inteligencia del hombre, es patrimonio de su dignidad, atributo de la persona.

La creatividad requiere libertad para alcanzar su dimensión productiva, la *potencialidad creadora*, que es potencia creativa. En un escenario burocrático las condiciones ambientales óptimas serán mermadas si a una aplicación literal del reglamento nos atenemos. Esto es constatado por autores de la TGA (Teoría General de la Administración) que por ello esgrimen la flexibilidad e incluso más allá, la individualización de condiciones laborales en pos de la eficiencia. La aplicación *erga omnes* o general de la ley supone para el rendimiento de las organizaciones un impedimento para su productividad, pero también un reto para los responsables de personal que se enfrentan a procesos de ingeniería organizacional para armonizar tanta diversidad.

Para WEBER, la creatividad y libertad no existen fuera de lo público, sometida a la organización y a las exigencias estructurales (29), lo que generará un conflicto entre el individuo y la Administración en donde el empleado es la parte más débil, pero que sin duda afectará, a la empresa como ente vivo (30) que interactúa con su medio interno y externo.

La creatividad es dignidad en cuanto que completa un valor constitucional como es el de la libertad (31), recogido en el art. 1.1º CE.

IV. ENTRE LA COACCIÓN DEL PODER Y EL INTERÉS GENERAL

En el siglo XIX, es destacable el estudio de EATON en 1880 y su defensa de la profesionalidad y mérito en el acceso a lo que hoy entendemos como función pública. Desarrolla la tesis de que el buen funcionamiento del servicio marca la pauta moral de la política nacional. Idea rescatada por Etzioni-Halevi en 1990, que postulan que *el nivel de corrupción es una variable dependiente del bajo nivel de profesionalidad del servicio civil* (32).

(29) EISENSTADT, S. N., «El carisma, la creación de instituciones y la transformación social», en *Revista de Estudios Políticos*, 1973, 187, p. 71.

(30) SOTO, J. M., *La empresa como ser vivo. Su personalidad, su alma, su espíritu. El MAT (Metamodelo de Análisis Transformacional) aplicado a las organizaciones*, Granica, Barcelona, 2005.

(31) Vid. LESSEM, R., *Gestión de la cultura Corporativa*, Díaz de Santos, Madrid, 1991 y «Revista de la Universidad de Buenos Aires», 1962, p. 430.

(32) ETZIONI-HALEVI, E., «Exchanging Material Benefits for political support: A Comparative Analysis», en A. J., Heidenheimer et al., *Political Corruption*, transaction Publishers, New Brunswick, 1989.

Esta tesis influirá en otros autores pero sin valorar la incidencia de la política en la gestión. Bajo una visión decadente de la condición humana se confiará a la razón y a la educación racionalista pero defendió el control y la autoridad sobre los servicios públicos. Su postulado ideológico es el mérito y la imparcialidad que garantizaría un comportamiento objetivo de la Administración.

La separación entre política y Administración era admitida sin condiciones. Para WEBER esta burocracia era la forma organizativa de la modernidad. Manifestación de la legitimidad racional-legal, que permitía el dominio más coherente. Sobre el funcionario pesa el deber de objetivar sus respuestas con el ciudadano y para ello el sistema debe impedir que los intereses de partido influyan en la gestión.

Existe una clara diferencia entre la política, esfera en la cual deben plantearse las divergencias éticas y la Administración, en donde se concentra la ejecución de esos objetivos sobre las variables de jerarquía, eficiencia, imparcialidad y búsqueda de la verdad (33) (estímulo y eficacia. Aunque es un concepto moralizante que pudo ser empleado para evitar arbitrariedades y con ello un control ético personal e interno de la propia Administración por su empleados. Ejecución de las políticas públicas encomendadas pero con discernimiento del binomio justicia-injusticia equivalente al binomio objetivo-arbitrario).

V. INTERPRETATIVISMO Y NO INTERPRETATIVISMO

El regreso a la historia es una huida de un presente que resulta hostil. Para HORWITZ, se produce cuando se acumulan dudas sobre las verdades eternas.

En situaciones en donde la conflictividad comprometa la *buen administración*, quiebran los derechos, quiebran las obligaciones y se anulan los deberes. Por muchas garantías que se intenten justificar y por muchos procesos que se instauran, en la mayoría de las ocasiones serán sólo excusas para justificar una ruptura de los derechos del ciudadano. Ello contribuirá a fomentar una decadencia ya anunciada a la que es cómodo subirse por sus indudables beneficios particulares y perversos efectos sociales. No es algo puntual, tampoco territorialmente concreto.

(33) GOODNOW, F., *Politics and Administration*, Russel and Rusell, Nueva York, 1900.

La crisis de la justicia aconteció en EEUU en la primera mitad del s. XX, concretándose en la actividad desarrollada por el Tribunal Supremo al interpretar la Constitución y ejercer el control constitucional de las leyes, analizando en especial la jurisprudencia Warren (1953-1969). Corrían dos posiciones doctrinales sobre la función jurisdiccional denominadas «interpretativismo» y «no interpretativismo».

El interpretativismo defendía la vinculación del juez a la ley, a sus mandatos explícitos o implícitos. El no interpretativismo sostiene la libertad del juez para actuar, desbordando un estricto marco legal que interpreta, en orden a la indagación de sus principios inspiradores y de los fines queridos, realizando de este modo una labor de concreción y de plasmación de los valores fundamentales comúnmente aceptados por la sociedad en una época determinada.

Frente a esta dicotomía, criticadas por su parcialidad, J. H. EIT ofrece otras alternativas, entre ellas, el *procedimentalismo* (34), postulando una actuación jurisdiccional más en consonancia con el sentir del momento, en el contexto propio y complejo de una sociedad democrática evolucionada y en relación con el resto de los poderes y demás instancias políticas en juego.

El resultado no es otro, no puede ser otro, que una interacción del juez con el resto de poderes que de algún modo puede ser rechazable en nuestro ámbito cultural en donde todavía se defienden los principios de imparcialidad e independencia del art. 117.1º CE, y cuya defensa y fiscalización corresponde al CGPJ.

VI. EL PRINCIPIO DE EFICACIA COMO SUSTRATO DEL APARATO BURÓCRATA

Si la Administración Pública esta dirigida a colmar unas necesidades públicas (35), el cauce único posible es acomodar sus estructuras a las demandas de los ciudadanos. Pero también no debemos olvidar que la

(34) EIT, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* («Democracia y desconfianza. Una teoría de la revisión judicial»), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts,, 1930, pp. 268 y ss..

(35) Para una visión más completa vid. *Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos, Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos*, Ministerio de las Administraciones Públicas, 2ª edic., cit.

Administración se encuentra bajo la Ley y el Derecho, arts. 9.1º y 103.1º de la CE, arts. 3.1º de la Ley 30/1992 y 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril. Ello significa que su actuación queda supeditada al cumplimiento de la norma y a los procedimientos y competencias materiales y personales por ella establecidos.

Puede parecer un contrasentido exigir una rápida respuesta administrativa a las nuevas demandas públicas si no es acompañada de cambios legislativos que la prevean. ¿Realmente son precisos? Estimo que son innecesarios bajo una atenta aplicación del principio de eficacia tal y como viene recogido por la jurisprudencia y la dogmática sobre la concurrencia de la normativa vigente de función pública. Sin poder olvidar que el principio de eficacia se haya sometido a la Ley y al Derecho (36), arts. 9.1º y 103.1º de la CE. El principio de legalidad ostenta una mayor entidad jurídica como es ilustrado, entre abundante jurisprudencia, por la STC de 2 de noviembre de 1989 (37), FD cuarto:

«Pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia «con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho», significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia[...]».

Y por la STS de 11 de diciembre de 1990 (38), FD segundo:

«La utilización de impresos para agilizar la tramitación del procedimiento administrativo, en una Administración intervencionista caracterizada por la producción de actos en masa, resulta ser una posibilidad evidente en razón de las exigencias del principio de eficacia de la actuación administrativa —art. 103.1 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875)—, actuación esta que ha de inspirarse en criterios de economía y celeridad —art. 29,1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (RCL 1958\1258, 1469, 1504; RCL 1959\585 y NDL 24708)—.

Pero el principio de eficacia opera con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, de donde deriva que los impresos han de ser lo suficientemente expresivos para que el administrado pueda conocer el alcance del acto que se le notifica[...]».

(36) SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo*, t. I, 3ª edic., Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 111.

(37) RTC 1989,178.

(38) RJ 1990, 9734.

El principio de eficacia, desde un ámbito dogmático, ha sido considerado como un principio material de actuación que obliga a considerar los principios de organización como criterios instrumentales para la satisfacción de los intereses generales (39). Y con una traducción más práctica, como la necesaria diligencia de la actividad pública. Desde esta posición, SALVO TAMBO (40) indica que la eficacia inspira la indispensable diligencia que debe auspiciar la gestión de los intereses generales y en el respeto que se merecen los derechos constitucionales de los administrados.

Jurisprudencialmente, ambos aspectos, tanto el organizativo como el de satisfacción del interés general quedan recogidos: el primero en la SAN de 30 de junio de 1999 (41), FD tercero:

«Sirva para la aplicación del principio de eficacia como fundamento del ejercicio legítimo de la potestad de reorganización administrativa, sin merma de la sujeción de la Administración, como poder público, a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico (artículos 9.1 y 3, y 103, Constitución Española), dado que de lo que se trata es de conocer las alternativas organizativas existentes que, a través de las modificaciones normativas pertinentes, permitan la eficacia de la actuación administrativa, subordinado como está el principio de eficacia al de legalidad[...]».

Y SSTC de 2 de noviembre de 1989 (42) y 5 de abril de 1990 (43).

El segundo, en el ATS de 9 de diciembre de 1998 (44), STS 24 de abril de 1993 (45) y STSJ de Andalucía, Granada, de 24 de abril de 1996 (46), entre otras.

Ambas manifestaciones se complementan sobre el hecho que para satisfacer necesidades de los ciudadanos, es decir, para constituir un servicio público

(39) MENÉNDEZ REXACH, «La protección del interés general y la protección de las normas de defensa de la competencia», en *La intervención administrativa en la economía*, «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, 1996, 7, s.p. [pero 189-210].

(40) SALVO TAMBO, «Los derechos y garantías en los procedimientos tributarios. la prescripción», en *La nueva regulación de los derechos y garantías de los contribuyentes ante la Hacienda Pública*, «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, 1998, 9, s.p. [pero 67-132].

(41) RJCA 1999,2671.

(42) RTC 1989, 178.

(43) RTC 1990, 68.

(44) RJ 1993,2863.

(45) RJ 1993, 2863.

(46) RJCA 2000,1950.

que colme las exigencias de los administrados, el directivo tendrá que modificar, en ocasiones, la estructura de unidades administrativas. Desde esta óptica analícese la STSJ de Madrid de 16 de junio de 1999 (47), FD tercero:

«De otro lado, la potestad autoorganizativa de la Administración Pública le atribuye la facultad de organizar los servicios en la forma que estime más conveniente para su mayor eficacia, a la que le compele el mandato contenido en el artículo 103.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización que hayan podido mostrarse menos adecuadas para la satisfacción de ese mandato; potestad de autoorganización en la que es característica la discrecionalidad que domina su ejercicio que, ciertamente, no es confundible con la arbitrariedad[...]».

Idéntica doctrina en la STSJ de Asturias de 28 de noviembre de 1997 (48).

Sobre estos antecedentes, el principio de eficacia opera como sustrato normativo de la decisión que deba adoptarse dado que como apunta la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 23 de noviembre de 1998 (49), FD segundo, el principio de eficacia *debe presidir lo que es previo a la actividad administrativa, la «organización» y, en consecuencia, el aparato burocrático, o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública*. Es decir, despliega su actividad en toda la actuación de las Administraciones e informa tanto la regulación de la actividad administrativa, general y procedimentalmente, así como en la articulación de instrumentos para cumplir sus fines (50).

Llegados a este extremo principio de eficacia y organización administrativa convergen obligatoriamente en la consecuencia del fin esencial de toda Administración: su actuación eficaz con los cambios que ello requiera a decisión del gerente de cuya responsabilidad depende el servicio.

(47) RJCA 1999,1955.

(48) RJCA 1997, 2840.

(49) RJCA 1998,4259.

(50) AYUSO RUIZ-TOLEDO, «Estudio de la L.R.J. de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común II», en *Eficacia de los actos administrativos: suspensión y ejecución*, «Cuadernos de Derecho Judicial», CGPJ, 1994, 8, s.p. [pero 11-100].

LA EXENCIÓN DE GARANTÍAS PROCESALES COMO PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACIÓN: EL NUEVO DEPÓSITO PARA RECURRIR EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL(*)

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS PRIVILEGIOS PROCESALES DE LA ADMINISTRACIÓN.– II. LA EXENCIÓN DE DEPÓSITOS Y CAUCIONES: 1. Sentido y fundamento de esta especialidad procesal. 2. Regulación general: ámbito subjetivo. 3. La relación entre el fundamento del privilegio y su extensión subjetiva.– III. EL DEPÓSITO DE ESCASA CUANTÍA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2009 Y LA CONFIGURACIÓN DE SU EXENCIÓN.– IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

RESUMEN: Una de las últimas modificaciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), fue la acometida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ligada a la implantación, de la mano de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de la llamada nueva Oficina judicial. Además, la Ley Orgánica buscaba la introducción de una serie de mejoras técnicas encaminadas a lograr la agilización temporal de la Justicia, la optimización de sus medios personales y materiales, y la implementación de los estándares de calidad en la prestación de este servicio público esencial. En esta línea, se incluye en la LOPJ una disposición adicional decimoquinta para regular un depósito que habrá de consignarse antes de recurrir una sentencia; se persigue con ello disuadir la irresponsable interposición gratuita de recursos judiciales y reducir así el volumen de asuntos litigiosos que sobrecargan, muchas veces sin fundamento alguno, la jurisdicción. Lo que aquí se analiza es la incidencia que en la sistemática general de los privilegios procesales de la Administración tiene el punto número quinto de esta nueva disposición adicional, que exime de constituir tal depósito a determinadas entidades públicas, pero no a otras.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 21 de septiembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 27 de septiembre de 2010.

Palabras clave: depósitos y cauciones; privilegios procesales de la Administración; medidas cautelares; Administración instrumental.

ABSTRACT: In November 2009, LOPJ was modified to establish the new so-called Judicial Office. This reform also sought to introduce a bunch of technical improvements in everyday running of Justice in order to achieve higher operative standards of quality, both in terms of staff, timetables and material resources. As an example, the new fifteenth additional provision of LOPJ set up a compulsory small amount deposit to be constituted before appealing a judgment. Such a measure tends to prevent irresponsible lodging of appeals and so, to reduce the number of affairs on Courts. This paper analyses a very particular point of this fifteenth additional provision, by means of which certain public entities, but not all of them, are exempted of paying such a fee. The impact of this provision on the general regulation of procedural privileges of public Administration will also be examined.

Key words: deposits; guarantees and cautions; procedural privileges of public Administration on trial; preventive measures; Agencies.

I. INTRODUCCIÓN: LOS PRIVILEGIOS PROCESALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Entre los principios básicos del Derecho Procesal suele destacarse siempre el de igualdad de las partes (1). Así, en los tratados procesalistas es frecuente encontrar la idea de que el principio de igualdad de las partes en el proceso es uno de los contenidos del derecho general a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (2), en la línea marcada por la doctrina del Tribunal Constitucional (3). De esa misma doctrina se extrae que la igualdad procesal no es un principio absoluto, ni tiene por qué tener un tratamiento uniforme o idéntico en todos los pro-

(1) Como muestra, *vid.* GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981; GUASP, J., *Concepto y método de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1997; ASENCIO MELLADO, J.M., *Introducción al Derecho Procesal*, 3^º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; VALENCIA MIRÓN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, 8^º ed., Comares, Granada, 2004; VV.AA., *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte General, 14^º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

(2) A título ejemplificativo, *vid.* GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 2^º ed., Colex, Madrid, 2004, pp. 223 y ss.; GÓMEZ DE LIANO, F., *Introducción al Derecho Procesal*, 5^º ed., Forum, Oviedo, 1997, p. 203; RAMOS MÉNDEZ, F., *El Sistema Procesal Español*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 38 y ss.

(3) A raíz sobre todo de las SSTC 155/1988, de 22 de julio; 245/1988, de 19 de noviembre y 226/1988, de 28 de noviembre.

cesos; es posible consagrar situaciones de material desigualdad procesal, siempre que respondan a una fundamentación proporcionada y objetiva, y con ello no se produzca un resultado de indefensión. Y esa parece ser la situación que se da cuando la Administración concurre frente a la jurisdicción ordinaria, pues desde hace más de cien años disfruta de una serie de «especialidades» frecuentemente criticadas por ser consideradas como «privilegios» (4).

Aunque muchas veces se haya acudido al estudio de los precedentes, el recurso al Derecho histórico no basta para explicar de manera eficaz el porqué del régimen especial que tiene la Administración en sus relaciones con la Justicia (5); pero es cierto que esa posición especial resulta de un

(4) Sobre la discusión terminológica, el concepto de «privilegio» y la trascendencia de utilizar una denominación u otra («especialidades», «prerrogativas», «dispensas», «beneficios», etc.) pueden consultarse ABAD PÉREZ, J.J., «Principio de igualdad y las partes en el proceso» en VV.AA., *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1745; BUTRÓN BALUÑA, P.M., «Los privilegios procesales del Estado y la Ley 52/1997, de 27 de noviembre», *La Ley*, vol. 6/1998, p. 2344; MONTÓN GARCÍA, M.L., «Un recorrido por los privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil (referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000)», *Studia Carande. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 6, 2001, pp. 57 y 58; VICTORIA BOLÍVAR, S., «Las partes en el proceso civil», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 8, mayo-septiembre 2000, nota 35 y PARDO GONZÁLEZ, M., «Especialidades procesales de las Administraciones Públicas: doctrina del TC», *La Ley*, 2009 (Diario 7153 de 14 de abril de 2009).

(5) Así ARBIZU LOSTAO, siguiendo la línea sentada por CARAMAZZA (vid. su relación introductoria al *Primo Congresso Nazionale degli Avvocati e Procuratori dello Stato*, Firenze, 1989, en especial p. 62), tras analizar los precedentes en el Derecho Romano (con la existencia de los *procuratores Caesaris* y más tarde de los *advocati fisci*) y Medieval (concretamente la figura del jurista del Rey) concluye que los argumentos históricos no bastan para explicar la necesidad de los Abogados del Estado. Para este autor, la configuración de la especial posición de la Administración ante los tribunales, y con ello la necesidad de un cuerpo de juristas que cubran sus necesidades de asesoramiento y defensa, surge a partir de la afirmación del sometimiento del Ejecutivo a la Ley como reformulación de la separación de poderes; un momento concreto que, en cualquier caso, será distinto para cada Ordenamiento Jurídico (vid. ARBIZU LOSTAO, E., «L'avvocatura dello Stato. Asistencia, representación y defensa de la Administración en Derecho Italiano», *RAP*, núm. 122, mayo-agosto 1990, en especial pp. 479 y 480). En la misma línea ya se había pronunciado también SCOCA, S. «Avvocatura dello Stato» en VV.AA., *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I-2, 3ª ed., UTET, Torino, 1957, p. 1685 o BELLU, G., «Avvocatura dello Stato» en VV.AA., *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 671. En la doctrina española, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ insisten también en la insuficiencia de los criterios histórico-políticos para explicar las particulares relaciones entre Administración y Justicia. Sin embargo, para estos autores, el principio de división de poderes resulta igualmente inválido; sólo el principio de autotutela puede dar una explicación unitaria satisfactoria que justifique el especial *status* de la Administración ante los tribunales (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I., 14ª ed., Civitas, Madrid, 2008, pp. 516 y ss.).

variado conjunto de preceptos cuyos orígenes se remontan a los comienzos del siglo XIX (6).

La manera más habitual de justificar el trato diferenciado que se da a la Administración como parte procesal es aludir a los intereses públicos que defiende (7) o bien a aspectos estructurales propios, tales como su complejidad organizativa o las rigurosas pautas de actuación que marcan su funcionamiento (8); estas son, precisamente, las nociones que emplea la Exposición de Motivos de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, que es el texto llamado a sistematizar todas estas cuestiones (9).

(6) Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., *La defensa en derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1986, *passim*.

(7) Vid. MEILÁN GIL, J.L., «Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración», *Actualidad Administrativa*, núm. 10/1987, pp. 529-538; RODRÍGUEZ ARJONA, M., «Comentarios preliminares sobre algunas prerrogativas procesales de la Administración Pública», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 106, 1998, p. 321.

(8) Vid. LORCA NAVARRETE, A.M., «La posición del Estado en el proceso», *Justicia*, núm. 3/1987, p. 650; LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J.F., «La derogación del fuero territorial del Estado y sus organismos autónomos y del régimen especial de notificaciones», *REDA*, núm. 75, 1992, p. 433; MONTÓN GARCÍA, *op. cit.*, p. 76.

(9) En términos generales, la posición procesal de la Administración era tradicionalmente definida por toda una serie de disposiciones dispersas, inconexas, sin un rango fácilmente precizable y en muchas ocasiones con un contenido probablemente obsoleto. Nos referimos al Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado en 1925 con rango formal de Ley, que trataba a su vez de sistematizar, con vocación recopiladora, el *status* funcional de los Abogados del Estado centrándose para ello en el enjuiciamiento del Estado; y a su Reglamento orgánico de 1943, un texto de carácter reglamentario, que declaraba vigentes toda una serie de disposiciones legales que se remontaban a 1877, pero que a su vez sufrió profundas y constantes modificaciones (al respecto resulta de obligada lectura la obra de MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, pp. 217-239). La conveniencia de elaborar una norma legal que concretase y actualizase su naturaleza era periódicamente denunciada desde distintos sectores de la doctrina, en especial a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 (sobre todo porque se argumentaba que los privilegios procesales de la Administración eran difícilmente conciliables con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva consagrados por el texto constitucional, pero también porque las especialidades de fundamento estatutario carecían de cobertura formal para ser aplicadas a los representantes y defensores de las Comunidades Autónomas); a este respecto pueden verse: LORCA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 650; ABAD PÉREZ, *op. cit.*, pp. 1721-1765, o MÉNDEZ CANSECO, J.F., «Las Administraciones Públicas ante la Jurisdicción ordinaria» en VV.AA., *Planes provinciales y territoriales de formación: recopilación de ponencias y comunicaciones: año 1996*, vol. III, CGPJ, Madrid, p. 104. Con la Ley 52/1997 se pretende sistematizar y concretar, con el adecuado rango normativo, la posición procesal de la Administración ante los diversos órdenes jurisdiccionales. Pero no puede decirse que sea un objetivo plenamente alcanzado. Al margen de los debates sobre la innecesariedad de la Ley planteados durante su tramitación parlamentaria, lo cierto es que el texto final no pasa de ser una refundición de disposiciones previas dispersas que sigue dejando muchísimos interrogantes abiertos.

Sin embargo, y a pesar de fundamentarse en razones de tanto calado, la duda sobre la oportunidad, conveniencia e incluso constitucionalidad de estos privilegios procesales se ha venido planteando periódicamente (10), sobre argumentos tales como la posibilidad de que atenten, además de contra la igualdad procesal, contra la celeridad y la eficacia de la jurisdicción (11). También se ha atacado el mantenimiento de estas especialidades por verse como reductos de exigencias y privilegios corporativos de los Abogados del Estado (12); y es que además de la ligazón histórica que existe entre ambas figuras, la persona del jurista de la Abogacía del Estado es muchas veces el verdadero protagonista del privilegio (13).

II. LA EXENCIÓN DE DEPÓSITOS Y CAUCIONES

1. Sentido y fundamento de esta especialidad procesal

En general, se ha afirmado por parte de la doctrina que este privilegio viene fundado en la solvencia garantizada del Estado y otras Instituciones públicas, lo que permite obviar el trámite de la consignación, y por extensión también el del depósito (14). Además, se ha sostenido también que la rigidez presupuestaria hace que la Administración no pueda cumplir

(10) Vid. PINAZO HERNANDIS, J., «Las especialidades procesales de las Administraciones Públicas y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista General de Derecho*, núm. 663, 1999, p. 14153.

(11) Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 233.

(12) Por todos, vid. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Algunas observaciones sobre la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas», *Tribunales de Justicia*, núm. 2/1998, pp. 175 y 176.

(13) Así se aprecia, con toda nitidez, en el artículo 14 de la Ley 52/1997, que regula la especialidad procesal de la suspensión del curso de los autos, pensada para que el *Abogado del Estado* (sic) pueda recabar los antecedentes necesarios para la correcta defensa de la Administración. Otro ejemplo puede verse en el artículo 13 del mismo texto normativo, dedicado a las especialidades procesales aplicables a la Administración en materia de costas; su apartado primero, por ejemplo, en realidad no está regulando ningún privilegio, sino que hace referencia a la tasación de gastos y la minuta que ha de presentar el Abogado del Estado. De forma similar, el artículo 11.2 de la Ley 52/1997 extiende la aplicabilidad de las especialidades en materia de notificaciones y emplazamientos a otros sujetos públicos distintos de los regulados en el apartado primero de ese artículo, pero sólo en la medida en que sean clientes de la Abogacía del Estado.

(14) Sin ánimo exhaustivo pueden citarse BUTRÓN BALIÑA, *op. cit.*, p. 2347; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 176; BAL FRANCÉS, E., «Exención de depósitos y cauciones» en VV.AA., *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en Homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 379 o el comentario de TERNERO CHACÓN, J.L. al hilo del artículo 132

con la obligación de depósito en un plazo breve (15), al tiempo que no parece que tenga demasiado sentido proceder a un depósito ante otro ente público, pues sería como si las Administraciones se afianzasen o pagasen a sí mismas (16).

En este sentido, el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 3/1983, de 25 de enero y 65/1983, de 21 de julio, se ha encargado de establecer que la exigencia del depósito sólo a una de las partes litigantes no atenta contra el principio de igualdad siempre que respondiese a un fundamento no exorbitante (17). Poco más tarde también dejaría claro que *la inclusión o la exclusión del Estado entre los destinatarios de determinadas cargas procesales, como son las consignaciones o los ingresos previos a la sustanciación de los recursos interpuestos, es una medida constitucionalmente legítima, pero constitucionalmente neutra* (18); se requiere, eso sí, un precepto legal que expresamente la establezca, no siendo suficiente el argumento de que la solvencia de los organismos públicos estatales hace innecesaria la previsión legal del depósito (19).

2. Regulación general: ámbito subjetivo

Esta especialidad se regula con carácter general en el artículo 12 de la Ley 52/1997, donde se exige al *Estado y sus organismos autónomos, así como entidades públicas empresariales, los organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales* de la obligación de prestar garantías procesales. Además,

de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa recogido en VV.AA., *Jurisdicción contencioso-administrativa*, 3ª ed., La Ley-El Consultor, Madrid, 2007, pp. 1100 y 1101.

(15) Vid. PEDRAZ PENALVA, *op. cit.*, p. 140 o QUES MENA, «La exención de depósitos y cauciones. Reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones ante las jurisdicciones civil y social», *La Ley*, 2009 (Diario 7153 de 14 de abril de 2009).

(16) Vid. MONTÓN GARCÍA, *op. cit.*, p. 72.

(17) Al respecto resultan muy sugerentes las observaciones de SERRERA CONTRERAS, P.L., «El depósito para el recurso de casación laboral por la Abogacía del Estado», *Justicia*, núm. 4/1987, pp. 979 y 980.

(18) STC 64/1988, de 22 de abril, FJ 2 *in fine*.

(19) Porque la finalidad del depósito no es simplemente garantizar la ejecución de la sentencia, sino más propiamente la de asegurar su «inmediata» ejecución, y ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena (STC 89/1989, de 5 de junio). Al respecto pueden verse los comentarios de LUQUE MATEO, M.A., *Las medidas cautelares en materia tributaria*, Universidad de Almería, 2006, pp. 411 a 414.

la disposición adicional cuarta del mismo texto normativo extiende la aplicación de este privilegio a las Comunidades Autónomas y a las entidades públicas de ellas dependientes (20), al tiempo que el artículo 173.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, determina que la misma especialidad sea de aplicación a las entidades locales.

La redacción literal de la Ley incluye de forma expresa como sujetos beneficiarios del privilegio a los dos grupos de organismos públicos típicos que, en el momento de su promulgación, existían dentro del modelo de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), e incluso a los entes públicos *apátridas* o *sui generis* que pudiesen depender de ellos. No parece haber inconveniente, por tanto, para entender también extensible el privilegio a las agencias estatales como nuevo subtipo de organismo público incorporado a la LOFAGE con posterioridad. Por extensión, y en buena lógica, también habrá de considerarse como sujetos beneficiarios del privilegio a las Administraciones independientes.

En todo caso, el tenor del precepto es contundente e incluye, sin matices, a los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales en el ámbito subjetivo de aplicación del privilegio. Con esto debería ponerse fin a la situación que existía antes de la entrada en vigor de la Ley 52/1997; una situación confusa, sobre todo debido a la gran dispersión normativa en esta materia, que llevaba a los tribunales a utilizar el sometimiento al Derecho privado como criterio formal de exclusión (21). De esta manera, las entidades sujetas al Derecho privado quedaban obligadas a prestar las cauciones y depósitos fijados en las leyes procesales; incluso aunque, en virtud de un convenio, fuesen asistidas por la Abogacía del Estado (22).

Pero, como hemos visto, con la entrada en vigor de la Ley 52/1997 se amplía el ámbito de exención con toda claridad a todas las entidades

(20) Por dictarse en ejercicio de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.6 de la Constitución, en materia de legislación procesal.

(21) *Vid.* BAL FRANCÉS, *op. cit.*, pp. 375-384. Como justificación de este criterio, el autor aduce la equidad; de esta forma, se puede entender por qué las entidades que se rigen por el Derecho público estarían exentas de prestar depósitos y consignaciones, pero no así las entidades sometidas al Derecho privado, que al fin y al cabo operan en el tráfico cotidiano con las mismas armas y reglas que cualquier otra persona jurídico-privada.

(22) *Ibidem*, p. 380.

instrumentales de la LOFAGE, y ya no debería acudir al criterio formal de la operatividad en régimen de Derecho público o privado. Sin embargo, a pesar de la claridad de la Ley, las resoluciones jurisprudenciales son muchas y dispares, argumentando en todos los sentidos posibles, sobre todo en relación con las entidades públicas empresariales.

Así por ejemplo, todavía es frecuente encontrar pronunciamientos que obligan a FEVE (que es una entidad pública empresarial, de las pocas que no ha formalizado convenio de asistencia jurídica con la Abogacía del Estado) a realizar consignaciones y depósitos (23). Son decisiones que atienden al carácter comercial privado de las actividades que están en la base del litigio (el contrato de transporte con los usuarios o bien el contrato de trabajo con sus empleados) y que ignoran la naturaleza de organismo público típico que tiene FEVE; dimensión ésta que por sí sola, habría de bastar para declarar operativo el privilegio conforme a las disposiciones legales vigentes.

Por otra parte, en relación con el Consorcio de Compensación de Seguros, son varios los pronunciamientos que entienden que tiene también la obligación de consignar depósitos, al menos cuando concurre como *aseguradora en régimen de igualdad con el resto de compañías privadas* (24). Estos fallos utilizan como argumento el viejo criterio formal del sometimiento de la entidad al ordenamiento jurídico privado, aunque a veces se intenta disfrazar afirmando que en realidad lo que se hace es una *interpretación global*, que tiene presente la *normativa general en materia de seguros y tráfico rodado* (25).

Más acorde con el espíritu y la literalidad de la Ley nos parece la solución «cuasiautomática» por la que se opta en otras ocasiones: siempre que estemos ante un organismo público estatal o autonómico, operará sin más el beneficio legal dimanante del artículo 12 de la Ley 52/1997 (26).

(23) Vid. SSTSJ Asturias de 9 de marzo de 2001 (AS 2001/807) y Cantabria de 5 de enero de 2004 (AS 2004/455).

(24) SAP Málaga de 16 de enero de 2004 (JUR 2004/69412), Fundamento segundo. La misma idea se repite en SAP Zamora de 4 de febrero de 2005 (AC 2005/797).

(25) SAP Jaén de 3 de junio de 2005 (AC 2005/1743), Fundamento primero, conforme a ideas apuntadas ya en SAP Cádiz en Ceuta de 13 de julio de 2001 (AC 2001/2444).

(26) En esta línea vid. Auto TSJ Andalucía (Sevilla) de 27 de abril de 1998 (AS 1998/2197), en un caso en que comparecía RENFE como entidad pública empresarial. También deben consultarse SAP Murcia de 11 de diciembre de 1999 (JUR 2000/49396); Auto AP Zaragoza de 24 de julio de 2003 (JUR 2003/195379) y SAP Almería de 10 de julio de 2006 (AC 2007/36), de nuevo en

En cualquier caso queda clara la disparidad de criterios que existe entre los distintos tribunales, algo que a los propios jueces tampoco se les escapa. Así, puede verse a título ejemplificativo la exposición que del tema realiza PUEYO MATEO como ponente del Auto AP Asturias de 17 de diciembre de 2002. Allí, aunque de manera incidental porque el objeto concreto de aquel Auto no era analizar la cuestión que ahora nos ocupa, se repasa el estado de la cuestión con apoyo en ejemplos distintos de los vistos hasta ahora —prueba de los numerosos fallos contradictorios que existen en la materia—, y se nos ofrece uno de los mejores resúmenes posibles sobre la división de la llamada jurisprudencia menor en este tema:

[...] lo que es evidente es que ese tema no es pacífico en los tribunales y así observamos que no considera al Consorcio exento de la obligación de consignar para recurrir la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5ª de fecha 31-5-2001, la de Cádiz (Sección 6ª) de 13-7-2001 (AC 2001, 2444) o la de La Rioja de 9-5-2000. Por el contrario se decantan por considerar que el Consorcio está exento de consignar por recurrir entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 14) de 16-5-2000 (AC 2000, 4361), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 5-5-1999 (AC 1999, 5850) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), de 9-6-1999 (AC 1999, 1576) (27).

Queda patente que la mayor litigiosidad se produce en relación con las entidades públicas empresariales y en particular con el Consorcio de Compensación de Seguros.

Por su parte, también Correos y Telégrafos ha dado lugar a profusos pronunciamientos; aunque en su caso es debido a las transformaciones que ha sufrido el ente público, y su evolución desde la forma de entidad pública empresarial a la de sociedad anónima estatal. Sin embargo, en el supuesto de Correos y Telégrafos la jurisprudencia sí es unánime (28): como entidad pública empresarial estaba exenta de la obligación de constituir

relación con el Consorcio. En el ámbito autonómico puede citarse STSJ Comunidad Valenciana de 17 de julio de 1998 (AS 1998/2991) que estimó que «Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana» gozaba, como entidad pública empresarial que era, de la exención de consignar en su favor. En términos similares, *vid.* STSJ Cataluña de 2 de julio de 2004 (RJCA 2004/546) respecto al Servicio Catalán del Suelo.

(27) Auto AP Asturias de 17 de diciembre de 2002 (AC 2002/557), Fundamento segundo.

(28) *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/155664) y SSTSJ Cataluña de 12 de junio de 2003 (AS 2003/2782) y de 19 de junio de 2003 (JUR 2003/184261).

garantías procesales, ex artículo 12 de la Ley de asistencia jurídica y *sin dudas interpretativas* (29); pero una vez transformada en sociedad estatal ya queda sujeta a la obligación de realizar los depósitos y consignaciones en los términos generales, a no ser que se prevea lo contrario en una norma especial. Y es que, en efecto, como categoría subjetiva *las sociedades mercantiles de capital estatal no deben tener privilegios que falseen la libre competencia del mercado* (30). No en vano, la finalidad a la que en teoría responde la constitución de sociedades públicas es la búsqueda de la agilidad y flexibilidad del funcionamiento de las formas organizativas privadas; y si eso es así, *es incompatible con el mantenimiento de los privilegios que corresponden a los entes públicos* (31).

También se ha aprovechado el caso de Correos y Telégrafos para destacar la irrelevancia que, en relación con una eventual extensión del privilegio, tiene el patrocinio de la Abogacía del Estado; lo determinante es la naturaleza del ente en litigio y no la persona del defensor:

El hecho que la Abogacía del Estado defienda a la empresa demandada, obedece a la facultad que establece el artículo 1 de la Ley 52/1997 de Asistencia jurídica al Estado de establecer un convenio de colaboración con las sociedades de participación estatal, en las cuales tiene que determinarse la correspondiente compensación económica, facultad que se reitera en la Disposición Adicional quinta de la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La actual naturaleza jurídica de la demandada, la excluye del artículo 12 de la Ley 52/1997 de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas [...]. Esta exclusión de las sociedades estatales de este privilegio de la Administración, viene dada porque las empresas mercantiles con participación estatal no están incluidas en el artículo nº 12 de la Ley 52/1997, el cual no puede interpretarse de forma extensiva (32).

Se deja así bien claro que hoy no existe vinculación alguna entre la intervención del Abogado del Estado y la aplicación de la exención. Recalamos este dato, que puede parecer obvio a partir de la simple

(29) STSJ Comunidad Valenciana de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/155664), Fundamento primero. Seguimos sin entender por qué el criterio de aplicación automática de la exención a las entidades públicas empresariales que aquí el Tribunal sostiene sin reticencias no se generaliza también para los casos del Consorcio de Compensación de Seguros.

(30) STSJ Cataluña de 19 de junio de 2003 (JUR 2003/184261), Fundamento segundo.

(31) *Idem*.

(32) *Ibidem*, Fundamento tercero.

lectura del artículo 12 de la Ley de asistencia jurídica, porque rompe con la línea más tradicional de considerar que el sujeto exento de la consignación era *per se* la Abogacía del Estado (33). Nos referimos en concreto a una normativa preconstitucional que dibujaba una visión corporativista del privilegio, configurando a los Abogados del Estado como sus titulares (34). Tal concepción personalista del privilegio debe quedar hoy más que superada dada la contundente redacción del artículo 12 de la Ley 52/1997. La definición actual del beneficio de exención de cauciones responde y se justifica únicamente en función del sujeto asistido, y nada aporta la eventual participación de un Abogado del Estado (35).

3. La relación entre el fundamento del privilegio y su extensión subjetiva

A nuestro parecer, nos encontramos aquí con el verdadero nudo gordiano de la cuestión sobre la razonabilidad, e incluso constitucionalidad, del privilegio procesal de la exención de cauciones y depósitos a favor de los entes públicos.

En efecto, si el argumento que justifica la razón de ser del privilegio es la solvencia garantizada de la Administración, este quebrará allí donde esta presunción no pueda ser extendida. Seguramente por ello el texto del artículo 12 de la Ley 52/1997 no incluye entre los sujetos beneficiarios del privilegio a las sociedades mercantiles públicas. Estas, a diferencia

(33) Así, la regulación originaria de la exención de los depósitos para recurrir en vía laboral establecía que estaría exenta *la Abogacía del Estado en las representaciones que legalmente le correspondan* (art. 25 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 de reforma de la Jurisdicción Laboral). Al respecto, *vid.* SERRERA CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 977-984.

(34) De hecho, este se regulaba también en el Estatuto de 1925 y en el Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso de 1943, junto con las prerrogativas y derechos de estos funcionarios: *El Abogado defensor del Estado [...] tampoco estará obligado a garantizar previamente, con depósito o caución, el ejercicio de acciones o la interposición de recursos* (art. 8.2 del Estatuto y 57 del Reglamento Orgánico).

(35) Así por ejemplo, una de las numerosas sentencias que niegan al Consorcio de Compensación de Seguros este privilegio utiliza a mayor abundamiento el hecho de que la defensa fuese llevada a cabo por un Abogado del Estado, pues nadie mejor que él *debe conocer los requisitos para interponer recursos de apelación*, así que debería haber sabido que en aquel caso sí estaba sujeto a la consignación: SAP Cádiz en Ceuta de 21 de junio de 2002 (JUR 2003/69700), Fundamento segundo *in fine*. Ya hemos dejado claro que no podemos compartir que se le niegue al Consorcio el beneficio de la exención (por su naturaleza de entidad pública empresarial), pero el hecho de que se destaque que no hay relación entre el patrocinio de la Abogacía del Estado y el juego del privilegio sí nos parece muy acertado.

de los organismos públicos, sí están obligadas a prestar cauciones puesto que adoptan formas mercantiles de limitación de responsabilidad, lo que formalmente ya no garantizaría la solvencia (36). Todo esto en teoría, porque lo cierto es que en la realidad judicial no faltan ejemplos de pronunciamientos extravagantes que estiman la solvencia suficiente de ciertas sociedades anónimas por el simple hecho de estar vinculadas a la Administración General del Estado (37).

Sin llegar a ir tan lejos, una cuestión que ciertamente se presta al debate es la de determinar si la presunción de solvencia del Estado debe, sin más, extenderse a sus organismos públicos. Particularmente, y conjugando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la neutralidad del privilegio y la necesidad de su previsión legislativa expresa con la claridad meridiana del enunciado del artículo 12 de la Ley 52/1997, consideramos que este privilegio de exención de la prestación de garantías debería operar a favor de las Administraciones instrumentales (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias estatales, entes apátridas y Administraciones independientes) en todo caso, de forma automática y sin necesidad de plantearse disquisiciones sobre el fundamento del privilegio, puesto que al fin y al cabo el privilegio está así configurado de forma expresa en una norma con rango legal. No obstante, los tribunales periódicamente demuestran dudas sobre ello, especialmente, en relación con las entidades públicas empresariales y el tráfico mercantil como se acaba de exponer en el epígrafe precedente.

Otro supuesto en el que la práctica ha demostrado la necesidad de estudiar hasta dónde llega la presunción de solvencia de las entidades públicas se ha planteado en relación con las Universidades. En principio, al no aparecer mencionadas entre los sujetos beneficiarios del privilegio en la regulación general de la Ley 52/1997, no tendrían por qué estar exentas de la carga de prestar garantías procesales a no ser que así se hubiera previsto expresamente en sus Estatutos. Sin embargo, cierto sector de la doctrina ha apuntado que por su naturaleza pública debe presumirse que son solventes y fiables (38). En este sentido se ha

(36) Vid. BAL FRANCÉS, *op. cit.*, p. 383.

(37) Cfr. STSJ de Extremadura de 5 de julio de 2001 (JT 2001/1388) en relación con la entidad «Paradores de Turismo de España, S.A.».

(38) Vid. CHAVES GARCÍA, J.R., *Organización y gestión de las universidades públicas*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 80 y 81.

pronunciado también algún tribunal (39), pero la cuestión, desde luego, no es pacífica (40).

Pues bien, como se expondrá a continuación, la última regulación legislativa en la materia viene a acrecentar la sensación de zozobra que rodea la determinación del ámbito subjetivo del privilegio de exención de depósitos y cauciones, con un movimiento que, adelantémoslo ya, además de resultar harto cuestionable desde el punto de vista de la buena técnica legislativa, supone un claro retroceso en cuestión de seguridad jurídica. Lo hace además, lo que resulta el colmo, de forma totalmente gratuita e innecesaria.

III. EL DEPÓSITO DE ESCASA CUANTÍA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2009 Y LA CONFIGURACIÓN DE SU EXENCIÓN

La modificación de la Ley Orgánica Poder Judicial (LOPJ), acometida a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, está intrínsecamente ligada a la implantación, de la mano de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de la llamada nueva Oficina judicial. Además, según su Exposición de Motivos, de forma complementaria la nueva Ley Orgánica busca también adoptar una serie de mejoras técnicas encaminadas a lograr la agilización temporal de la Justicia, la optimización de sus medios personales y materiales, y la implementación de los estándares de calidad en la prestación de este servicio público esencial. En esta línea, se introduce en la LOPJ una disposición adicional decimoquinta para regular un depósito, llamado «de escasa cuantía», que habrá de consignarse antes de recurrir una sentencia por escrito; se persigue con ello corregir el uso abusivo del derecho a los recursos que lleva a prolongar de forma indebida el tiempo de resolución de las controversias, y reducir así el volumen de asuntos litigiosos que sobrecargan sin fundamento la jurisdicción.

Este es el precepto al que queremos prestar una atención especial. La regulación de este depósito es bastante profusa, contando con hasta catorce apartados en los que se van desgranando los detalles de aplicación del mismo: exigibilidad, cuantía y forma de revisarla, posibilidades de

(39) Cfr. STSJ Cataluña de 10 de mayo de 2001 (JT 2001/965).

(40) Sosteniendo lo discutible de la extensión del privilegio sin cobertura normativa expresa a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional puede verse QUES MENA, *op. cit.*

devolución y destino de los depósitos perdidos, etc. En particular lo que aquí nos interesa es el punto quinto de esta nueva disposición adicional decimoquinta de la LOPJ. Allí se establece que, además del Ministerio Fiscal, *el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos quedarán exentos de constituir el depósito referido.*

Teniendo en mente la regulación general del privilegio de exención de garantías procesales contenida en la Ley 52/1997 que acabamos de repasar, la sorpresa de quien se topa por vez primera con este inciso es mayúscula. Así, no llega a comprenderse cómo el legislador comete el dislate de regular de una forma tan torpe este extremo, ya que parece que se desconoce la regulación que sería de aplicación general. Y es que la previsión es ociosa y acaba suscitando, con una redacción muy poco afortunada, más interrogantes de los que pretende solucionar.

En efecto, el inciso es totalmente superfluo puesto que la consideración de la Administración como sujeto exento de la obligación de constituir depósitos, como ya se ha explicado, cuenta con una regulación general suficiente en el artículo 12 de la Ley 52/1997. No hubiera sido pues necesario que el legislador se encargase de prever de forma expresa el beneficio en este caso. Aún así lo ha hecho, y ha realizado además una elección cuanto menos curiosa en cuanto a los sujetos beneficiarios de este privilegio, pues sólo nombra a las Administraciones territoriales y a sus organismos autónomos dejando al margen al resto de organizaciones instrumentales. ¿Qué es lo que se pretende con ello? Según el tenor de la Ley Orgánica 1/2009, sólo una determinada clase de entes de la Administración instrumental (los organismos autónomos) gozarían del privilegio de estar exentos de la constitución de este depósito de escasa cuantía previo a la interposición escrita de recursos judiciales. ¿Está entonces el legislador consagrando un ámbito más restringido para la exención de este depósito que el general de la Ley 52/1997? Así parece, pues sólo en tal sentido podría entenderse la existencia de esta cláusula en la Ley Orgánica.

Pues bien, de ser esto así, el legislador estaría dando un decidido paso atrás en la configuración de esta concreta exención, al no incluir a propósito entre las entidades beneficiarias de la misma a las entidades públicas empresariales. Con ello estaría haciéndose eco de los más extravagantes pronunciamientos judiciales de la llamada jurisprudencia menor que antes hemos analizado y que han demostrado la inclinación de ciertos jueces a

no incluir entre los beneficiarios de la exención a entes que operan en el tráfico mercantil (como el asaz traído y llevado Consorcio de Compensación de Seguros). Sin embargo, nos resistimos a aceptar esta interpretación, pues estando tan pegados a la dicción literal del precepto resulta que el legislador también ha ignorado a las agencias estatales y a las entidades *sui generis*, cuyo régimen *iuspublicista* es menos sospechoso que el de las entidades públicas empresariales y que normalmente no desempeñan actividades comerciales.

Si prestamos la debida atención al tenor de la exención, resulta, qué casualidad, que la Ley Orgánica sólo considera sujetos beneficiarios de este privilegio a las Administraciones instrumentales que gozan del patrocinio de la Abogacía del Estado *ope legis*... ¿será que se está vinculado el juego del privilegio a la presencia de estos funcionarios de elite? No sería de extrañar, puesto que existe la extendida creencia, no diremos que injustificada, de que a los Abogados del Estado se les presupone seriedad a la hora de interponer recursos (41); por lo tanto, no tendría sentido que las entidades a las que asisten estuvieran sometidas a la obligación de prestar este novedoso depósito de escasa cuantía que, en cierta manera, tiene una función «educadora». En todo caso, aun no careciendo de racionalidad, esta argumentación está excesivamente marcada por unos tintes corporativistas que la hacen parecer demasiado anacrónica para poder ser aceptada.

Pero es que además la previsión expresa de la Ley Orgánica, con su referencia a los *organismos autónomos* dependientes de las Administraciones territoriales, también resulta problemática en su nomenclatura, puesto que realiza una referencia clara a la tipología organizativa del modelo LOFAGE; una Ley estatal que, no hace falta recordarlo, no tiene carácter básico. Es cierto que, tras la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la Modernización del Gobierno Local, la parrilla de personificaciones instrumentales consagrada en la LOFAGE se ha extendido también al ámbito local (42), y por lo tanto la referencia a los organismos autónomos

(41) PARDO GONZÁLEZ, *op.cit.*

(42) En un ejercicio de emulación que ha sido ampliamente criticado por la doctrina. Al respecto pueden verse las reflexiones de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. «Las personificaciones instrumentales y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local», *Anuario del gobierno local*, núm. 1, 2003, pp. 107-142; MONTOYA MARTÍN, E., *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 57-61 y ÉTXEZARRETA VILLALUENGA, J.C., *Los organismos públicos locales*, Bayer, Barcelona, 2007, pp. 48-51, y los comentarios de BAÑO

locales puede estar justificada. Sin embargo, desde luego ello no ocurre en el marco autonómico, siendo por tanto perfectamente posible que en el entramado organizativo de las Comunidades Autónomas no existan personificaciones con tal denominación o, lo que sería más perturbador, que existieran pero con un fundamento distinto (43). ¿Cómo debe interpretarse entonces la referencia a los organismos autónomos dependientes de las Comunidades Autónomas? Parece que el legislador se haya vuelto a dejar «deslumbrar» por el modelo LOFAGE, utilizando su nomenclatura de forma mimética sin reparar en las especialidades estructurales e institucionales que se dan fuera del ámbito de la Administración General del Estado (44). La lógica impone aquí buscar la razón de ser de la referencia más allá de la dicción literal del precepto, y entender entonces que habrán de estar exentos de constituir el depósito al que nos estamos refiriendo, no aquellos entes que porten sin más el *nomen* de «organismo autónomo» en el ámbito autonómico, sino aquellos que respondan a los mismos principios

LEÓN, J.M. al nuevo artículo 85bis de la LBRL en la obra colectiva dirigida por REBOLLO PUIG, M., *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2282-2285.

(43) Es muy frecuente que en las Comunidades Autónomas exista el organismo autónomo como categoría de ente instrumental porque la fórmula lleva implantada ya en nuestro Derecho desde la Ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA) de 1958. Además, los modelos autonómicos tienden a seguir con gran mimetismo el modelo LOFAGE (Vid. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., «La Administración institucional en la legislación autonómica y municipal» en VV.AA., *Administración Institucional*, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 163-216). En efecto, aunque algunas legislaciones autonómicas, adoptadas al inicio del proceso descentralizador, habían seguido como modelo la pauta de la LEEA, de la Ley General Presupuestaria de 1977 y de su Texto Refundido de 1988 (por ejemplo, la Ley de la Hacienda de Andalucía 5/1983, de 19 de julio o la Ley de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid 1/1984, de 19 de enero. Vid. PÉREZ MORENO, A., «Las entidades instrumentales en las Comunidades Autónomas» en VV.AA., *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994. *op. cit.*, pp. 1452 y 1453), las regulaciones más recientes y las reformas de aquellas normas primigenias siguen ya el modelo de la LOFAGE (entre otras, la Ley del Gobierno y Administración de Castilla y León 3/2001, de 3 de julio. Respecto a esta normativa más actual puede verse, en general, LÓPEZ MEDEL, L., «Organización administrativa básica y función pública autonómica» en VV.AA., *La Abogacía del Estado para una administración del siglo XXI (XXVIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pp. 89-92. Y en particular, con referencia a la Comunidad de Andalucía, MONTOYA MARTÍN, E., «Economía y sector público: La organización instrumental en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 65, 2007, pp. 76-78.). Ahora bien, lo hacen sin imposición vinculante, dada la inexistencia de una regulación básica común en materia de taxonomía organizativa y elementos esenciales del régimen jurídico de los entes instrumentales.

(44) Algo que en su momento ya había sido denunciado por conducir a un fracaso redoblado; por todos y con especial referencia al ámbito local puede verse: DÍAZ CAPMANY, F., «Los organismos autónomos de la Administración local», *REDA*, núm. 88, 1995, en particular p. 510.

de organización que los organismos autónomos estatales (45), se llamen como se llamen.

De todas maneras, a nuestro parecer, estas no son más que disquisiciones bizantinas. Y es que el sentido común nos hace abandonar rápidamente la idea de que la Ley Orgánica pueda estar fijando un ámbito de aplicación subjetivo de la exención del depósito de escasa cuantía más restringido que el genérico del artículo 12 de la Ley 52/1997, pues ello nos llevaría al sinsentido de que quien puede lo más no pudiera lo menos. Es cierto que las implicaciones económicas de este dislate son de escasa relevancia, como discreta es también la cuantía del depósito que ahora se exige, pero los costes para la coherencia interna del sistema y la lógica legislativa son llamativos. Nos inclinamos, por tanto, por creer que todo se debe a una redacción poco afortunada del precepto, que debería haberse atendido a la misma clasificación tipológica de la Ley 52/1997, o más sencillamente haber guardado silencio y dejar que resultara de aplicación el régimen general de aquella.

Esta última, por cierto, habría sido también la opción más deseable desde el punto de vista de la lógica jurídica de la jerarquía normativa. Y es que, no podemos olvidarlo, el hecho de regular la exención de este nuevo depósito en una disposición con valor de Ley Orgánica está congelando *pro futuro* su rango normativo. Todo ello, entendemos además, sin que haya una razón evidente que lo justifique.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Según acabamos de ver, el breve inciso que constituye la especialidad procesal por la cual ciertas entidades públicas de la Administración van a quedar exentas del nuevo depósito que se regula en la flamante disposición adicional decimoquinta de la LOPJ es fuente de grandes incertidumbres, reabriendo viejos dilemas sobre la extensión subjetiva del privilegio de exención de garantías procesales que deberían haber quedado ya saldados a partir de la redacción contundente del artículo 12 de la Ley 52/1997.

(45) Esto es: naturaleza pública, consideración de Administración, y régimen jurídico íntegramente *iuspublicista*.

No obstante, la redacción de la Ley Orgánica 1/2009 es la que es, y teniendo en cuenta que hablamos de una Ley posterior, y además de mayor rango, lo cierto es que hoy en día agencias estatales y entidades públicas empresariales parecen estar sujetas a la obligación de constituir el depósito de escasa cuantía al que nos estamos refiriendo. Esto se debe a que el legislador no las ha incluido entre los sujetos beneficiarios de la especialidad procesal que se establece en el punto quinto de la disposición adicional de nuevo cuño introducida en la LOPJ. No las ha incluido ni de forma expresa, ni haciendo una formulación general, ni por remisión, y tampoco ha decidido guardar silencio, lo que equivale a decir sin ambages que «ha decidido» que queden sujetas a la obligación común de prestar el depósito.

Sin embargo tal explicación carecería de todo fundamento; por eso nos inclinamos a pensar que se trata de un mero «despiste técnico», achacable a la escasa atención que mereció este concreto inciso en la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2009, dadas las cuestiones de mayor enjundia que se estaban discutiendo (46). Ahora bien, aunque pueda parecer una cuestión menor comparada con otras problemáticas que genera la reforma procesal en general, o incluso este mismo depósito en particular, lo cierto es que nos sigue pareciendo un detalle que merece ser denunciado, pues conecta con uno de las sempiternas trabas con las

(46) La decisión de tramitar una Ley Orgánica complementaria a la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial surgió al comprobar la cantidad de enmiendas que se presentaban al proyecto de Ley de esta última instando modificaciones en la LOPJ (Cfr. BO de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 12 de junio de 2009). Pues bien, en el caso del inciso que aquí nos interesa (el depósito de escasa cuantía previo al recurso), su toma en consideración arranca con la presentación de una enmienda en el Congreso por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular (la número 677) que pretendía garantizar el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas desincentivando la utilización abusiva de los recursos. Dicha enmienda, que fue aprobada con una ligera modificación que suponía una transacción con la número 876 firmada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, sería luego objeto de relativa atención durante el resto de la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica (se presentaron cuatro enmiendas en el Senado). Ahora bien, el precepto que aquí estamos analizando (la configuración de la exención) únicamente sufrió un cambio: se eliminó la previsión inicial que declaraba exentos de constituir el depósito a los beneficiarios de la justicia gratuita (esto se produjo tras la aprobación de una enmienda, la número 91, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado y el Grupo Parlamentario Socialista, que se fundamentó en razones de «mejora técnica»). El resto de su redacción no se vio afectada, puesto que desde que se consideró por vez primera, el ámbito subjetivo de la especialidad procesal ya hacía referencia concreta al *Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos* como entidades exentas de la obligación de realizar el depósito en cuestión.

que topa la racionalización y homogeneización del Derecho de la organización administrativa. Así, la Administración instrumental es un terreno en esencia abonado para el particularismo, eso es innegable; pero nuestro legislador se lo pone aún más fácil con su falta de unidad técnica a la hora de regular el ámbito de aplicación subjetivo de la reglamentación que le va a resultar aplicable.

La redacción del punto quinto de la nueva disposición adicional de la LOPJ, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, es un perfecto ejemplo de cómo las previsiones legislativas incoherentes entre sí acrecientan la frondosidad que rodea el régimen jurídico de las entidades funcionalmente descentralizadas de la Administración, de tal forma que al final los árboles no nos dejan ver el bosque. Estos entes están regulados en una amalgama de preceptos dispersos que entre sí no guardan una mínima unidad de criterio subjetivo. Así, y volviendo al ámbito que aquí nos está ocupando, se vuelve en la práctica casi imposible saber a ciencia cierta si un determinado privilegio procesal incluye dentro de su ámbito de aplicación subjetivo a una concreta personificación instrumental o no. Y la jurisprudencia está lejos de ser una ayuda, porque hasta ahora no ha sabido reconducir con mano firme esta indeterminación; antes al contrario, como hemos visto que ocurre en particular en el caso de la exención de depósitos y cauciones, muchas veces sus interpretaciones sólo sirven para sembrar más caos. Si en tal situación entra en juego además una regulación torpe y especialmente poco afortunada en su elección de ámbito subjetivo, elaborar una teoría de corte general se convierte en una quimera, acrecentándose el casuismo de una forma que raya con la indefensión.

La solución a este problema es de formulación sencilla, pero muy difícil de llevar a la práctica; pasaría por revisar toda la formulación del ámbito subjetivo de las normas jurídicas buscando una homogeneización en las referencias a tipologías y categorías de entes y personificaciones de la Administración. Pero lo inabarcable de tal propósito no debe desalentarnos, debiendo comenzar a dar pequeños pasos en la buena dirección cuanto antes. El supuesto que hemos analizado aquí es ejemplar, puesto que en este caso la solución para eliminar de un plumazo todos los interrogantes que se suscitan es simplísima; bastaría con suprimir todo el segundo párrafo del punto quinto de la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ (el primero es el que hace referencia a la exención a favor del Ministerio Fiscal). Con ello resultaría inmediatamente de aplicación de forma subsidiaria el

régimen general previsto en el artículo 12 de la Ley 52/1997, que había dado una regulación uniforme del privilegio procesal de exención de la obligación de prestar cauciones y depósitos para todos los organismos públicos, independientemente de su nombre, especialidades de régimen jurídico y forma de asistencia contenciosa.

EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN ARAGÓN(*)

LUIS LATORRE VILA

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.– II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS/CONCEPTUALES PREVIAS: 1. Delimitación del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón. 2. Definición de empresa pública basada en el concepto de la «influencia dominante».– III. LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA DE CONTROL DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO: 1. La función de control de la acción del Gobierno como derecho fundamental del Diputado ex artículo 23.2 CE. 2. En particular, el derecho fundamental del Diputado a recabar información y documentación del Gobierno.– IV. LÍMITES A LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA DE CONTROL: 1. Consideraciones generales. 2. La intimidad de las personas y la protección de datos de carácter personal: A) delimitación del contenido de los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la protección de datos de carácter personal. B) derecho a la intimidad y control parlamentario. C) derecho a la protección de datos de carácter personal y control parlamentario. D) uso por un Diputado de datos de carácter personal: limitaciones específicas. 3. El artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital (anterior artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas).– V. NUEVOS INSTRUMENTOS PARLAMENTARIOS DE CONTROL ESPECÍFICOS: 1. La Ley de Reestructuración del Sector Público Empresarial de Aragón. 2. La Oficina de Control Presupuestario. 3. El control «delegado» en la Cámara de Cuentas de Aragón. 4. Comisión parlamentaria de control específica.– VI. LA REGULACIÓN DEL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN LOS REGLAMENTOS DE OTROS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS.– BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

RESUMEN: El presente artículo pretende acercarse a la denominada Administración institucional de la Comunidad Autónoma de Aragón desde dos perspectivas distintas pero complementarias: en primer lugar, mediante la delimitación de qué se entiende por sector público autonómico y la definición de empresa pública a partir del concepto de «influencia dominante»; y, en segundo lugar, a través del estudio de los instrumentos del Parlamento más adecuados para el control de la

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 18 de noviembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 29 de noviembre de 2010.

actividad del sector público autonómico, entendido éste como parte integrante de la acción del Gobierno de Aragón, analizando el objeto y alcance de dicho control parlamentario y sus posibles límites.

Palabras clave: sector público, empresa pública, «influencia dominante», empresa participada, función parlamentaria de control de la acción del Gobierno.

ABSTRACT.– *This article attempts to approach the so-called Institutional Government of the Autonomous Community of Aragon from two different but complementary perspectives: first, through the establishment of what is meant by autonomous public sector and the definition of a public company based on the concept of «dominant influence»; and, secondly, through the study of Parliament’s most appropriate instruments for the control of the autonomous public sector activity, understood as an integral part of the action of the Government of Aragon, analyzing the purpose and scope of the parliamentary control and their potential limitations.*

Key words: public sector, public enterprise, «dominant influence», joint venture, according to parliamentary control of government action.

«Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales»

(artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno)

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Cuando en el año 1997 fue aprobado el vigente Reglamento de las Cortes de Aragón, en el anexo IV de la Ley 2/1997, de 24 de enero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para ese ejercicio, figuraban únicamente un total de siete empresas públicas y sólo un ente público (1). La suma de los respectivos presupuestos de esas ocho entidades públicas ascendía a la cantidad de 29’3 millones de euros, lo que representaba apenas un 2’2 por 100 con relación a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma para dicho año (que se elevaban en 1997 a 1.347’5 millones de euros). A esta relación de siete empresas públicas,

(1) Se trataba de las siguientes empresas: Sociedad Instrumental para la Promoción del Comercio Aragonés, S.A.; Sociedad Promotora de Nieve y Montaña, S.A.; Nieve de Teruel, S.A.; Sociedad Aragonesa de Tecnologías Aplicadas, S.A.; Fomento y Desarrollo del Valle de Benasque, S.A.; Panticosa Turística, S.A.; y Escuela de Hostelería de Aragón, S.A.. El ente público era el Instituto Aragonés de Fomento.

el Tribunal de Cuentas, en su Informe sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón correspondiente al citado ejercicio de 1997, añadía cinco empresas más como también pertenecientes al sector público empresarial de la Comunidad Autónoma (2), y otras ocho sociedades mercantiles en las que ésta participaba minoritariamente y carecían de la condición de públicas (3). Además, la Comunidad Autónoma contaba en 1997 con cuatro organismos autónomos (4).

Trece años después, el proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011, remitido por el Gobierno aragonés a las Cortes de Aragón el pasado 11 de noviembre (5), se acompaña de un anexo II en el que se recoge un listado de entidades públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón, bastante más extenso que el de 1997; concretamente, se incluyen diez entidades de derecho público (6), veintinueve empresas públicas (7), nueve fundacio-

(2) En concreto: Pabellón de Aragón 92, S.A., en liquidación; Videotex Aragón, S.A., en liquidación; ARAVAL, S.G.R.; Servicios Urbanos de Cerler, S.A.; Centro Europeo de Empresas e Innovación de Aragón, S.A.; y Estación Aduanera de Zaragoza y Servicios Complementarios, S.A. El citado Informe del Tribunal de Cuentas fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* núm. 73 (V Legislatura), de 15 de septiembre de 2000.

(3) Las ocho empresas eran: Aragón Bolsos y Calzados, S.A., en liquidación; Aragonesa de Petróleos, S.A.; Centro Producción Audiovisual, S.A.; Gas Aragón, S.A.; Parque Eólico de Aragón, A.I.E.; Prames, S.A.; Sociedad de Desarrollo Industrial de Aragón, S.A.; y Spain Zaz, Sociedad para la Promoción del Aeropuerto Internacional de Zaragoza, S.A.

(4) En 1997 existían los siguientes: Instituto del Suelo y la Vivienda de Aragón; Servicio Aragonés de la Salud; Instituto Aragonés de la Mujer; e Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

(5) El proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011 ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* núm. 255 (VII Legislatura), de 12 de noviembre de 2010.

(6) Son las siguientes: Corporación Aragonesa de Radio y Televisión; Instituto Aragonés de Fomento; Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud; Entidad Pública Aragonesa del Banco de Sangre y Tejidos; Instituto Tecnológico de Aragón; Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria de Aragón; Entidad Pública Aragonesa de Servicios Telemáticos; Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón; Instituto Aragonés del Agua; e Instituto Aragonés de Gestión Ambiental.

(7) Las 29 empresas públicas son: Aeronáutica de los Pirineos, S.A.; Aragón Desarrollo e Inversión, S.L.U.; Aragón Exterior, S.A.; Aragonesa de Gestión de Residuos, S.A.; Avalia Aragón, S.G.R.; Centro Dramático de Aragón, S.A.; Centro Europeo de Empresas e Innovación de Aragón, S.A.; Ciudad del Motor de Aragón, S.A.; Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U.; Escuela de Hostelería de Aragón, S.A.; Expo Zaragoza Empresarial, S.A.; Gestora Turística San Juan de la Peña, S.A.; Infraestructuras y Servicios de Telecomunicaciones de Aragón, S.A.U.; Inmuebles GTF, S.A.; Nieve Aragón, S.A.; Parque Tecnológico del Motor de Aragón, S.A.; Parque Tecnológico Walqa, S.A.; Plataforma Logística de Zaragoza, Plaza, S.A.; Plaza Desarrollos Logísticos, S.L.; Plhus, Plataforma Logística, S.L.; Radio Autonómica de Aragón, S.A.; Servicios de Interpretación Telefónica, S.A.; Sociedad de Desarrollo Medioambiental de Aragón, S.A.; Sociedad de Infraestructuras Rurales

nes (8) y dos consorcios (9). Si sumamos las cuantías de los presupuestos de todas las entidades públicas mencionadas, previstos en el proyecto de Ley para el ejercicio de 2011, la cifra resultante se eleva a casi 1.000 millones de euros (exactamente, 998'4 millones); esto es, el equivalente al 18'86 por 100 del presupuesto total de la Comunidad Autónoma de Aragón (que para el ejercicio 2011 se ha fijado en 5.293'8 millones de euros).

La relación de entidades públicas expresamente contempladas en el proyecto de Ley de Presupuestos para 2011 debe ser complementada con el listado de sociedades mercantiles recogido en el Informe Anual de 2009 elaborado por la Corporación Empresarial Pública de Aragón (10), listado integrado por un total de 107 sociedades, las cuales aparecen agrupadas en tres categorías, según el porcentaje de participación, directa o indirecta, de la Comunidad Autónoma de Aragón en su capital social: a) veinticuatro sociedades como empresas públicas de la Comunidad Autónoma (11); b) catorce sociedades como empresas públicas, sin mayoría de la Comunidad Autónoma (12); y c) las sesenta y nueve sociedades restantes, son

Aragonesa, S.A.; Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés, S.A.U.; Sociedad para el Desarrollo de Calamocha, S.A.; Sociedad para el Desarrollo Industrial de Aragón, S.A.; Suelo y Vivienda de Aragón, S.L.U.; y Televisión Autonómica de Aragón, S.A.

(8) Se trata de las siguientes: Fundación Agencia Aragonesa para I+D; Fundación Andrea Prader; Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel; Fundación Desarrollo Comarca Campo de Daroca; Fundación Goya en Aragón; Fundación Parque Científico-Tecnológico de Aula Dei; Fundación PLAZA; Fundación Torralba Fortún; y Fundación Zaragoza Logistics Center.

(9) Son el Consorcio Aragonés Sanitario de Alta Resolución y el Consorcio Aeródromo/ Aeropuerto de Teruel.

(10) El Informe Anual de 2009 fue presentado por el Consejero Delegado de la Corporación Empresarial Pública de Aragón en la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 28 de septiembre de 2010. Puede accederse al citado Informe en la página web de la Corporación, en la dirección www.aragoncorporacion.es

(11) En el Informe Anual de 2009 se incluyen únicamente veinticuatro sociedades mercantiles como empresas públicas de la Comunidad Autónoma. Son todas las citadas en el proyecto de Ley de Presupuestos para 2011, excepto las siguientes: Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U.; Expo Zaragoza Empresarial, S.A.; Parque Tecnológico del Motor de Aragón, S.A.; Radio Autonómica de Aragón, S.A.; y Televisión Autonómica de Aragón, S.A.

(12) Son un total de catorce empresas públicas, con diferentes porcentajes de participación de la Comunidad Autónoma en su capital social: Promoción del Aeropuerto de Zaragoza, S.A. (50'00%); Baronía de Escriche, S.A. (45'30%); Parque Tecnológico del Motor de Aragón, S.A. (41'68%); Desarrollo de Iniciativas del Matarraña, S.A. (41'66%); Platea Gestión, S.A. (41'00%); Estación Aduanera de Zaragoza y Servicios Complementarios, S.A. (liquidada) (33'65%); Sociedad para la Promoción Empresarial y Desarrollo de Teruel, S.A. (33'33%); Zaragoza Alta Velocidad 2002, S.A. (25'00%); Promoción Exterior de Zaragoza, S.A. (21'00%); Terminal Marítima de Zaragoza, S.A. (20'47%);

calificadas como empresas privadas participadas (13). A todas estas entidades públicas deben sumarse los seis organismos autónomos existentes en noviembre de 2010, y adscritos a alguno de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (14).

Por tanto, en las Leyes aragonesas de Presupuestos, en algo más de una década, se ha pasado de un conjunto integrado en el año 1997 por apenas ocho entidades públicas, que sumaban entre todas ellas un volumen presupuestario equivalente únicamente al 2'2 por 100 de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para ese año, a un proyecto de presupuestos para el ejercicio de 2011 en el que se contempla un conglomerado cada vez más numeroso y heterogéneo de entidades públicas, hasta alcanzar la cincuentena, y que viene a representar casi el 20 por 100, la quinta parte, de la totalidad de los Presupuestos de la región para el próximo año.

Y, al mismo tiempo, pero ciertamente al margen del contenido expreso de los anexos de las Leyes anuales de Presupuestos, si se compara el Informe del Tribunal de Cuentas sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de 1997 con el Informe Anual de 2009, elaborado por la Corporación Empresarial Pública de Aragón, se aprecia también que el número de sociedades mercantiles en cuyo capital social participa la Comunidad Autónoma de forma no mayoritaria (y, por tanto, en principio, no integradas en el sector público autonómico) ha experimentado un altísimo crecimiento, al pasar de las ocho empresas participadas existentes en 1997 a las ochenta y tres contabilizadas en el Informe Anual de 2009; es decir, dicho número se ha multiplicado por diez.

Ecociudad Valdespartera Zaragoza, S.A. (20'00%); La Senda del Valadín, S.A. (19'67%); Expo Zaragoza Empresarial, S.A. (15'04%); y Empresa de Transformación Agraria, S.A. (0'0034%).

(13) Se trata de sesenta y nueve sociedades mercantiles, con muy variados porcentajes de participación de la Comunidad Autónoma en su capital social (desde el 50'00 hasta el 0'90%), y que están presentes en muy diferentes sectores de actividad económica (turismo, transporte y comunicaciones, agroalimentario, energías renovables e industria, servicios a empresas e inmobiliario). De este heterogéneo conjunto, cabe destacar que en veintiocho de las citadas empresas, la participación de la Comunidad Autónoma es igual o superior al 25 por 100, llegando al 50 por 100 en cinco de ellas: Aramón, Montañas de Aragón, S.A.; Castanesa Nieve, S.L.; Savia Capital Innovación, S.C.R.; Araser Servicios Montañas de Aragón, S.L.; y Viajes Aragón Ski, S.L.U. Además, en la sociedad Plaza Servicios Aéreos, S.A. la Comunidad Autónoma posee el 49'99% de su capital social, y en Mondo Plaza, S.L. el 49'00%.

(14) Son, en concreto, los siguientes: Instituto Aragonés de la Mujer; Instituto Aragonés de Servicios Sociales; Instituto Aragonés de Empleo; Instituto Aragonés de la Juventud; Instituto Aragonés de Enseñanzas Artísticas Superiores; y Servicio Aragonés de Salud.

A lo largo de los casi catorce años que han transcurrido entre ambos ejercicios presupuestarios, de 1997 a 2010, ha estado vigente el mismo Reglamento de las Cortes de Aragón (en adelante RCA); esto es, el aprobado por el Pleno de la Cámara en sesión celebrada el día 26 de junio de 1997.

Por tanto, a pesar del notabilísimo crecimiento producido en nuestra Comunidad Autónoma de la denominada Administración institucional, incremento obrado tanto en el número de entidades públicas que la integran como en los volúmenes presupuestarios que en conjunto (o, algunas, individualmente) manejan, y en contraste asimismo con el también notabilísimo aumento de la participación de la Comunidad Autónoma, si bien de forma no mayoritaria, en el capital social de muy diferentes sociedades mercantiles, el control que en todos estos años el Parlamento aragonés ha ejercido sobre las entidades públicas de la Comunidad Autónoma, y sobre las sociedades participadas no mayoritariamente, se ha venido rigiendo por la misma normativa siempre, al no haber experimentado el RCA modificación alguna ni ser complementado en esta materia por ninguna Resolución de la Presidencia de las Cortes.

Por otro lado, además, sólo en una ocasión se refiere expresamente el RCA a las empresas públicas. En concreto, en el apartado 1 del artículo 12, relativo al derecho de los Diputados a solicitar información y documentación de otras instituciones, cuando establece que *«Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados tendrán derecho a requerir de las instituciones, organismos públicos y empresas públicas de la Comunidad Autónoma la información y documentación que obre en poder de éstos»*.

De la situación expuesta, surgen inmediatamente muchos interrogantes. Por ejemplo, entre otros, sobre cuál sea el concepto más exacto de empresa pública o cuál el ámbito subjetivo más preciso del sector público de la Comunidad Autónoma. También cabría plantearse si la empresa pública puede ser objeto, como un todo, de la función parlamentaria de control o, por el contrario, disfrutaría de una suerte de «huida del Derecho parlamentario». Si, en caso de estar sometida la empresa pública al control por el Parlamento, la actividad de las Cortes puede abarcar cualesquiera de los elementos y ámbitos de actuación de la empresa o, en cambio, existen materias vedadas y cuáles en ese caso, así como qué otras limitaciones podrían imponerse a los Diputados y a los Grupos Parlamentarios

en su labor de control. Finalmente, puede cuestionarse si cabe el control parlamentario sobre aquellas empresas en las que la participación de la Comunidad Autónoma no es mayoritaria y, en su caso, sobre qué materias concretas. A estos interrogantes se dedican los apartados siguientes.

Estas reflexiones se producen, además, en un momento en el que las propias Cortes de Aragón han decidido iniciar el estudio de una posible reforma de su Reglamento. Así, el Pleno de la Cámara, en sesión celebrada los días 22 y 23 de noviembre de 2007, acordó ratificar el acuerdo de la Mesa y Junta de Portavoces de creación de una ponencia especial para la reforma del Reglamento de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 RCA. Es previsible que en la próxima Legislatura de las Cortes, la VIII, dicha reforma sea una realidad, sumándose de esta forma la Cámara aragonesa a los diez Parlamentos autonómicos que han modificado su Reglamento en la presente década (en concreto, las Asambleas Legislativas de La Rioja, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Cantabria, Andalucía, Extremadura, Navarra, País Vasco y Canarias).

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS/CONCEPTUALES PREVIAS

Aunque en el título del presente trabajo se ha optado por mencionar únicamente a las empresas públicas, se va a hacer referencia más exactamente, además de a éstas, al conjunto de todas las entidades públicas que, además de la Administración *stricto sensu*, integrarían el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como a las sociedades mercantiles en las que la Comunidad Autónoma participa de forma no mayoritaria en su capital social y que, por ello, en principio, quedarían fuera del sector público autonómico.

Respecto de todas ellas cabe plantear su consideración como materia objeto de la función parlamentaria de control de la actividad del Gobierno de Aragón, si bien para ello, con carácter previo, es necesario realizar dos precisiones terminológicas y/o conceptuales: la primera, qué tipos o clases de organizaciones o entidades públicas conformarían el sector público de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación aragonesa; y la segunda, qué sociedades mercantiles pueden ser consideradas empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

1. Delimitación del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón

No es objeto del presente trabajo detallar los motivos por los que en todos los países europeos, hace varias décadas, se ha ido creando una amplísima gama de organizaciones públicas dotadas de personalidad jurídica propia y formalmente independientes de la respectiva Administración pública matriz, aunque de carácter instrumental y vinculadas estrechamente a ésta, habiendo sido creadas para desempeñar funciones o prestar servicios propios de dicha Administración principal. Como señala SANTAMARÍA PASTOR (15), las razones de la expansión del sector público, común a todos los países europeos, van mucho más allá del fenómeno de la «huida del Derecho Administrativo». Se trata de algo bastante más complejo, en el que confluyen, por un lado, a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, la imparable consolidación del Estado del Bienestar, característico del Estado social y democrático de Derecho, en el cual los poderes públicos reconocen y garantizan los llamados derechos de tercera generación: servicios sanitarios, educativos, servicios sociales, pensiones públicas, vivienda, empleo, etc.; esto es, un amplio catálogo de bienes y servicios cuya prestación compete a los poderes públicos. Y, por otro lado, la necesidad de dotar a las Administraciones públicas de estructuras, técnicas y formas de organización más ágiles, que les permitan un funcionamiento más eficaz y eficiente.

En España, ante la excesiva, abusiva y caótica proliferación de estos entes instrumentales, se intentó una cierta racionalización por medio de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, primero y, años más tarde, con la Ley General Presupuestaria de 1977. Fracasados ambos intentos, la normativa estatal de referencia está formada en la actualidad, básicamente, por tres Leyes: la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP); y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), que derogó la de 1977. De acuerdo con esta normativa, integran el sector público estatal:

(15) SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, 2004, pp. 680 y ss.

- a) La Administración General del Estado.
- b) Los Organismos Públicos, que a su vez pueden ser:
 - 1) organismos autónomos.
 - 2) entidades públicas empresariales.
 - 3) agencias estatales.
- c) Las entidades gestoras de la Seguridad Social.
- d) Las sociedades mercantiles estatales.
- e) Las fundaciones públicas estatales.
- f) Los consorcios.

En el caso de Aragón, la terminología utilizada por el legislador puede inducir a ciertos equívocos en lo que respecta a qué se entiende por sector público de la Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere al Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, el artículo 71.32^º habla de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma para «*la creación y gestión de un sector público propio de la Comunidad*», confundiendo de esta manera la parte a la que realmente se está refiriendo (el sector público empresarial) con el todo (el conjunto del sector público autonómico). Por su parte, el artículo 111.2 establece que «*El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico (...)*». Finalmente, el apartado 1 del artículo 112, referido a la Cámara de Cuentas de Aragón, viene a distinguir entre «*sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón*», por un lado, y «*las entidades locales del territorio aragonés*», por otro. De estos preceptos puede deducirse que el Estatuto de Autonomía identifica o equipara «sector público de la Comunidad Autónoma» con «sector público autonómico», si bien, lógicamente, no llega a determinar qué concretas clases de entidades lo integran.

Sin embargo, la ya derogada Ley 10/2001, de 18 de junio, de creación de la Cámara de Cuentas de Aragón, en el artículo 2.1, utilizaba la expresión «sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón» cuando en realidad se estaba refiriendo al concepto mucho más amplio de «sector público de Aragón» (16).

(16) El artículo 2.1 de la derogada Ley 10/2001, de 18 de junio, de creación de la Cámara de Cuentas de Aragón, establecía lo siguiente:

«1. A los efectos de esta Ley, componen el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón: a) La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus organismos públicos,

En todo caso, dicha Ley ha sido derogada por la vigente Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, cuyo artículo 2.1, al referirse al ámbito subjetivo de actuación de este órgano estatutario, habla ahora más propiamente del «sector público de Aragón», en consonancia con la previsión contenida en el artículo 112.1 del Estatuto de Autonomía de 2007; denominación ésta, por otra parte, que cabe entender más correcta al incluirse en dicho concepto las entidades públicas tanto de la Comunidad Autónoma como de las corporaciones locales de Aragón, así como otras entidades y organismos públicos distintos de los anteriores (por ejemplo, las Cortes de Aragón o la Universidad —pública— de Zaragoza) (17).

Por otro lado, no existe en el ordenamiento jurídico aragonés ninguna norma similar al artículo 2.1 LGP, ni al artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en la que se defina o delimite con exactitud las clases o tipos de entidades que conforman el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Así, el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón (TRLHCAA), alude al «sector público autonómico», al «Sector público de la Comunidad» o al «sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón» en su exposición de motivos y en los artículos 15.1, 79.a) y 80.e), si bien no contiene ninguna definición

empresas y demás entes recogidos en el artículo 8 de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

b) Las Entidades Locales de Aragón, así como los organismos públicos, empresas, consorcios y demás entes dependientes de las mismas.

c) Aquellas entidades y organismos públicos no incluidos en los apartados anteriores y que tengan a su cargo la gestión o manejo de fondos públicos del sector público aragonés.

d) Cuantos órganos y entidades sean incluidos por Ley».

(17) La nueva Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, dispone en el artículo 2.1 lo siguiente:

«1. A los efectos de la presente ley, integran el sector público de Aragón:

a) La Administración y los organismos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón

b) Las entidades locales de Aragón y sus organismos públicos.

c) Los organismos, consorcios, empresas, fundaciones, asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que las entidades integrantes del sector público citadas en los apartados anteriores participen, directa o indirectamente, mayoritariamente en su capital, en su dotación fundacional o en la constitución de sus recursos propios, o financien mayoritariamente sus actividades, o tengan capacidad de nombramiento de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o control.

d) Aquellas entidades y organismos públicos no incluidos en los apartados anteriores y que tengan a su cargo la gestión o manejo de fondos públicos del sector público de Aragón.»

sobre el mismo, ninguna delimitación de las entidades que lo integrarían, limitándose en los artículos 6, 7 y 8 a regular algunos aspectos de los organismos autónomos y las entidades de derecho público (artículo 6), de las empresas de la Comunidad Autónoma (artículo 7), y de los consorcios, asociaciones, fundaciones privadas de iniciativa pública y demás entidades con personalidad jurídica propia (artículo 8).

Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón (TRLPCAA), alude a esta cuestión en el Capítulo V del Título III, rubricado «Actividad empresarial del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón» (artículos 72 a 74). El artículo 72 dispone que *«la Comunidad Autónoma podrá constituir su propio sector público»*, añadiendo el apartado 1 del artículo 73, relativo a la organización del sector público, que *«la actividad empresarial del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón se desarrollará generalmente mediante organismos públicos o mediante empresas públicas, de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón»*. Por tanto, la Ley de Patrimonio no contiene ninguna disposición que pudiera aclararnos esta cuestión, sino más bien lo contrario, induce a oscurecerla al incluir también a los organismos públicos (esto es, organismos autónomos y entidades de derecho público) como agentes de la actividad empresarial del sector público de la Comunidad Autónoma.

En el repaso a la legislación aragonesa sobre el sector público autonómico, debe aludirse igualmente al Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón (TRLACAA), en cuyo Título VI (artículos 66 a 91) se establece el régimen jurídico general de los organismos públicos y las empresas de la Comunidad Autónoma, clasificando los organismos públicos en organismos autónomos y entidades de derecho público (artículo 67).

Finalmente, tampoco ayuda a aclarar esta materia la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón, al carecer de un precepto que indique claramente, a sus efectos, qué se entiende por sector público empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón, y especifique de esa forma el ámbito subjetivo de aplicación de la norma.

En cualquier caso, de la legislación comentada cabe deducir el elenco de clases o tipos de entidades que integrarían el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, o sector público autonómico:

- a) Administración de la Comunidad Autónoma.
- b) Organismos autónomos.
- c) Entidades de derecho público.
- d) Empresas públicas.
- e) Fundaciones.
- f) Consorcios.
- g) Otras asociaciones y entidades con personalidad jurídica propia.

Por otra parte, si se coteja este listado de entidades integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón con las relaciones recogidas tanto en el artículo 2.1 LGP como en el artículo 3 LCSP (por otra parte, no coincidentes entre sí), se observa que en el sector público autonómico, además de la lógica ausencia de las entidades gestoras de la Seguridad Social, tampoco se incluyen ni las entidades públicas empresariales ni las agencias; es decir, estas concretas formas de personificación de entes públicos no existen en el ordenamiento jurídico aragonés.

Esta diferente clasificación o tipología de entidades que integran los respectivos sectores públicos estatal y aragonés, ya ha dado lugar incluso a una Ley autonómica que cabría calificar de curiosa, además de ciertamente innecesaria: la Ley 6/2008, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, en lo que se refiere a la consideración del Instituto Aragonés del Agua como Administración Pública a los efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación del sector público.

En el preámbulo de la Ley aragonesa 6/2008 (la cual, por otro lado, ostenta el dudoso honor de poseer el título más extenso de toda la legislación de la Comunidad Autónoma y, probablemente, de todo el Estado) se indica que el Instituto Aragonés del Agua fue creado por la citada Ley 6/2001 como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, añadiendo que *«La relevancia, para la Comunidad Autónoma de Aragón, de las actuaciones que el Instituto Aragonés del Agua tiene encomendadas por el ordenamiento jurídico autonómico requiere que, en aras del principio de seguridad jurídica, se incluya esta entidad de Derecho*

público entre aquellas entidades que deben sujetar su contratación al más estricto nivel de aplicación de la normativa de contratos del sector público». Esto es, una entidad de derecho público, según una ley aragonesa, viene a ser declarada por otra ley, también aragonesa, como entidad de derecho público considerada Administración Pública a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, o sea a los efectos de una ley estatal. Para lo cual, como títulos habilitantes de esta legislación autonómica se citan, impropiamente, entre otras, las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma sobre organización de sus instituciones y para la definición del procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, que tiene atribuidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 71.1ª y 7ª del Estatuto de Autonomía de 2007.

En realidad, aunque el preámbulo no lo cita, la Ley 6/2008 trae causa del Informe 24/2008, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el asunto «Naturaleza jurídica del Instituto Aragonés del Agua a los efectos de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en el que se concluye, por un lado, que el *«Instituto del Agua de Aragón (sic) es una Entidad de Derecho público que cumple funciones administrativas pero que puede ser asimilado a la categoría de Entidades Públicas Empresariales tanto por régimen principal como por función (art. 3.2 in fine LCSP), de tal manera que a efectos de la LCSP no tendrá la consideración de Administración Pública. En esta consideración deben primar los criterios organizativos-administrativos a los de contenido presupuestario»; y, por otro, que «En cualquier caso, siendo ésta una cuestión organizativa y, por tanto competencia de la Comunidad Autónoma, a través de norma legal se podría declarar expresamente que el Instituto del Agua tenga, a efectos de contratación pública, la consideración de Administración Pública», ratificándose de esta manera el citado órgano consultivo aragonés en las conclusiones recogidas en la Circular 1/2008, de 3 de marzo, sobre «alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable».*

En cualquier caso, cabe entender que la Ley 6/2008 realmente era innecesaria, vista la regulación contenida en el ya citado Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 2001. De acuerdo con esta Ley, las entidades de Derecho público son Administración Pública, como se afirma en el artículo 70.2: *«los organismos públicos tendrán la plena consideración de Administración Pública».* Afir-

mación que tiene su origen, a su vez, en lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En definitiva, se trata de una solución ciertamente discutible, de la que también disiente PEÑA OCHOA cuando afirma, con relación a *«las 12 entidades de Derecho público creadas por la Comunidad Autónoma»*, que *«nuestra legislación predica de ellas su pleno carácter de Administración Pública y en ninguna observamos aspectos que las hagan asimilables a las entidades públicas empresariales estatales»* (18). Solución que, además, puede originar nuevos problemas de inseguridad jurídica respecto de las restantes entidades de derecho público existentes en la Comunidad Autónoma: así, de las diez contempladas en el proyecto de Ley de Presupuestos para 2011, ¿sólo una tiene la consideración de Administración Pública a los efectos de la legislación en materia de contratación pública y las otras nueve no, aunque todas ellas tengan la misma naturaleza jurídica?

2. Definición de empresa pública basada en el concepto de la «influencia dominante»

Mucho más problemático, sin duda, es el concepto de empresa pública, incluso aunque lo limitemos, como se hace en el presente trabajo, a un concepto esencialmente jurídico y, por ello, se prescinda de cualquier elemento de carácter económico.

En el ordenamiento jurídico aragonés las empresas públicas vienen definidas en varias leyes, las cuales utilizan expresiones algo diferentes, de manera que no existe un concepto único u homogéneo de empresa pública. Así, el artículo 7.1 TRLHCAA afirma que *«Son empresas de la Comunidad Autónoma las sociedades mercantiles en cuyo capital social ésta o sus organismos públicos tengan, directa o indirectamente, partici-*

(18) PEÑA OCHOA, A.: «El sector empresarial público de la Comunidad Autónoma», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (directores BERMEJO VERA, J. y LÓPEZ RAMÓN, F.), Civitas/Thomson Reuters. 2010, p. 1234.

Por otro lado, este autor habla de doce entidades de derecho público cuando únicamente se mencionan diez tanto en la Ley 12/2009, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010, como en el proyecto de Ley para 2011. Es posible que la diferencia radique en que a estas diez entidades públicas haya sumado el Consejo Aragonés de las Personas Mayores y el Consejo de la Juventud de Aragón, cuya naturaleza jurídica es tan discutida.

pación mayoritaria». En términos muy similares se pronuncia el artículo 83 TRLACAA, cuando dispone que «*Exclusivamente, son empresas de la Comunidad Autónoma las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma, por sí o a través de sus organismos públicos*». Llama la atención que esta ley comience la definición de empresa pública de la Comunidad Autónoma de una forma tan tajante y limitativa: «*Exclusivamente (...)*». De hecho, otra ley aragonesa posterior, la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, ha ampliado en su artículo 2.1.c) tan restrictiva definición de la empresa pública cuando, al mencionar las entidades integrantes del sector público de Aragón, alude a las empresas en «*(...) que las entidades integrantes del sector público citadas en los apartados anteriores participen, directa o indirectamente, mayoritariamente en su capital (...), o financien mayoritariamente sus actividades, o tengan capacidad de nombramiento de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o control*».

Se trata, en todo caso, de conceptos o definiciones de empresa pública basados fundamentalmente en el grado de participación mayoritaria en el capital social de una sociedad mercantil, directa o indirecta, de las entidades que integran el sector público autonómico. Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 166.1.c) LPAP, en la legislación aragonesa no se especifica ningún porcentaje de participación; sólo se habla de «*participación mayoritaria*» (19).

Paulatinamente, el criterio de la participación mayoritaria está siendo sustituido por otros criterios como los del dominio, el control efectivo o, siguiendo la terminología del Derecho comunitario, por el criterio de la «*influencia dominante*».

Puede decirse, simplificando mucho, que este nuevo camino se inició con la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados

(19) Por el contrario, el artículo 166.1.c) de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, define las sociedades mercantiles estatales como «*aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas*».

miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, en cuyo artículo 2 se establece que se entiende por empresa pública *«cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen»*. Añadiendo seguidamente que *«Se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, y respecto de la empresa: a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa; o b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa»*.

En España, la necesidad de revisar el concepto tradicional de empresa pública fue expuesta por el Tribunal de Cuentas en su interesantísima *«Moción sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública»*, aprobada por el Pleno de este órgano constitucional en su sesión de 27 de abril de 1996, y elevada a las Cortes Generales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, *«a los efectos de que las Cámaras puedan contemplar la posibilidad de definir un nuevo marco jurídico en el que, además de la configuración actual de la Empresa Pública basada en criterios de titularidad del capital, se incluyera, también, como tal a aquellas otras en las que el sector público ejerza un control efectivo»* (20).

Comienza su exposición el Tribunal de Cuentas señalando que es necesario llevar a cabo una revisión legislativa de la configuración jurídica de los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública a la vista de los cambios experimentados en el mundo de las personificaciones públicas y en la realidad económico-financiera y social, debiendo tenerse en cuenta las distintas modalidades de incardinación del sector público en dicha realidad. Sólo así, viene a decir, será posible su control efectivo por el Tribunal de Cuentas como entes integrantes del sector público.

(20) La Moción del Pleno del Tribunal de Cuentas sobre los conceptos de Sociedad Estatal y de Empresa Pública dio lugar a la Resolución de 30 de septiembre de 1997, aprobada por la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en la que *«se insta al Gobierno para que presente en el Congreso de los Diputados las modificaciones legislativas necesarias de acuerdo con las propuestas presentadas por el Tribunal de Cuentas»*.

La Resolución de la Comisión Mixta de las Cortes Generales y la Moción del Tribunal de Cuentas fueron publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 9, de 10 de enero de 1998.

Seguidamente se refiere al criterio de la «participación mayoritaria» de una Administración Pública en una sociedad mercantil para que ésta pueda ser calificada de pública, seguido tanto por el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, entonces vigente, como por la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y destaca la falta de determinación del alcance asignado a esa expresión en las normas legales citadas, en el sentido de si debe ser participación mayoritaria «absoluta» o «relativa».

Reconoce el Tribunal de Cuentas que lo habitual ha sido considerar el criterio de la participación pública de más del 50 por 100 del capital social; esto es, la «participación mayoritaria absoluta». No obstante lo cual, considera que debe abordarse, jurídicamente, *«la posibilidad de que el término «mayoritaria» puede referirse también a una mayoría relativa (minoría mayoritaria) de participación pública en el conjunto del accionariado, en los casos, por ejemplo, en que la titularidad del capital se encuentra muy dispersa, siempre que dicha participación esté cualificada, esto es, lleve aparejado el control efectivo o dominio en la empresa»*.

Entiende el Tribunal de Cuentas que *«la evolución reciente de la realidad económico-financiera aconseja que la distinción entre personificaciones públicas y privadas, además de otros aspectos, atienda a la fijación de un criterio para la determinación del carácter público de la empresa más amplio que el que se basa en la titularidad pública superior al 50 por 100 del capital social de la empresa. La presencia efectiva del sector público en una organización empresarial no puede quedar condicionada a una variación porcentual mínima, superior o inferior al 50 por 100, en la titularidad de las acciones de la sociedad. En consecuencia, no sería solamente la titularidad pública superior al 50 por 100, sino también el control público de la actividad, lo que determinaría el carácter público de la empresa»*, citando a estos efectos la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1978, según la cual: *«La empresa tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada, o en ella participe, la Administración asumiendo riesgo o la dirección de modo pleno o relativo, de acuerdo con la forma que adopte para la realización económica que, como fin esencial, motivó su existencia»*.

Por todo ello, el Tribunal de Cuentas eleva a las Cortes Generales, entre otras, las siguientes propuestas:

a) Definir legalmente los conceptos de «Sociedad Estatal» y de «Empresa Pública», teniendo como base, no sólo el criterio de participación mayoritaria en el capital social, sino también el criterio del ejercicio del control o dominio efectivo, directo o indirecto.

b) Establecer los procedimientos de rendición de cuentas al Tribunal, por parte de las empresas en las que el sector público ejerza el control o dominio efectivo, sin ostentar la participación mayoritaria, a fin de agilizar los plazos mediante la remisión directa, para que el ejercicio del control externo por el Tribunal de Cuentas no se desvincule de las peculiaridades organizativas y de la eficaz gestión de estas empresas.

De forma significativa en este proceso de evolución conceptual, la ya derogada Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de Enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas, al definir en el artículo 1 su ámbito de aplicación, se refería a *«las entidades de naturaleza mercantil que a la fecha de entrada en vigor de esta Ley cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en su capital social superior al 25 por ciento de éste y estén controladas por el socio estatal por cualquiera de los medios establecidos en la legislación mercantil que resulte aplicable (...)»*. Se trataba de una ley dirigida a empresas que, después de encontrarse bajo el control de la Administración pública titular de la totalidad o de la mayoría (absoluta) del capital social, entraron en un proceso de privatización. Lo relevante es que viene a reconocer la existencia de sociedades que si bien están participadas por la Administración pública (en más de un 25 por 100 de su capital social), no ostenta ésta una mayoría absoluta y, aun así, se entiende que *«están controladas por el socio estatal»*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 177/2002, de 14 de octubre (21), también ha utilizado el criterio del control efectivo o de la influencia dominante para delimitar el concepto de empresa pública. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que *«no se puede compartir que el porcentaje de participación en una empresa sea el criterio decisivo para calificar a una sociedad como privada o pública,*

(21) La STC 177/2002 resuelve dos recursos de amparo (acumulados) promovidos por el G.P. Socialista respecto de los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1997, y de 8 de septiembre y 6 de octubre de 1998, que inadmitieron a trámite las solicitudes de comparecencia de los Presidentes de «Telefónica de España, Sociedad Anónima» y de la «Empresa Nacional de Electricidad, Sociedad Anónima (ENDESA)», respectivamente.

como tampoco se puede sostener que un porcentaje minoritario, incluso reducido, pueda excluir el control de una empresa por otros cauces. Importa la conexión de la empresa con una Administración pública, pudiendo esta última realizar su control sobre aquella bien por cauces jurídico-públicos, bien por cauces jurídico-privados (...). Lo determinante es que la Administración de alguna manera pueda controlar la empresa determinando su política económica. Éste es, en efecto, el criterio que adopta la Directiva 80/723/CE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (...). En el art. 2 de la Directiva se ofrece un concepto de empresa pública fundamentado en el control público de la empresa, al considerar empresa pública «cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen» (F. J. 10).

El criterio del ejercicio del control o del dominio efectivo de una sociedad mercantil por una Administración pública, o por sus entidades públicas, para definir como pública una empresa, ha sido ya incorporado en el ordenamiento jurídico español, si bien al optar por la terminología del Derecho comunitario se utiliza la expresión de la «*influencia dominante*». La importación de este criterio a nuestro Derecho se ha llevado a cabo mediante la Ley de las Cortes Generales 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, la cual, a su vez, contiene la transposición de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, que ha derogado la anteriormente citada Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980 (22).

(22) En el artículo 2 de la nueva Directiva 2006/111/CE se contiene la definición de empresa pública, muy similar a la establecida por la derogada Directiva 80/723/CEE: «*cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente: i) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; o ii) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o iii) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa*».

Debe destacarse, además, que la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, de conformidad con su disposición final primera, tiene el carácter de bases de la actividad económica y de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.13ª y 18ª CE, por lo cual es también de aplicación respecto de las empresas participadas por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, de la Ley estatal 4/2007, *«Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen»*. En esta nueva definición legal de empresa pública se observa que ha desaparecido toda referencia a un determinado porcentaje de participación en el capital social, prescindiéndose por tanto del anterior criterio de la «participación mayoritaria» como elemento determinante. No obstante, las dudas, inevitables, surgirán ahora cuando, en algunos casos concretos, deba interpretarse qué se entiende por «influencia dominante».

Así, de vuelta a Aragón, si retomamos, por un lado, el listado de empresas públicas en las que la Comunidad Autónoma participa sin poseer la mayoría absoluta del capital social y, por otro, el listado de las denominadas empresas privadas participadas por la Comunidad Autónoma, listados ambos que figuran en el Informe Anual de 2009 de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, se observa que del total de ochenta y cuatro sociedades mercantiles que suman entre los dos listados, en treinta y seis la Comunidad Autónoma ostenta una participación igual o superior al 25 por 100 del capital; y, de éstas, en veintidós tiene una participación igual o superior al 40 por 100, llegando al 50 por 100 en seis empresas (y en otra al 49'99%).

La pregunta es evidente: ¿se trata de empresas públicas de la Comunidad Autónoma, o no? La respuesta, ciertamente, no es sencilla. Además, en muchos supuestos, únicamente disponemos del dato de la participación de la Comunidad Autónoma de Aragón en el capital social de cada empresa y no de los datos relativos a la disposición de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por cada empresa ni sobre la posibilidad

de designar a más de la mitad de los miembros del respectivo consejo de administración, criterios también mencionados en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión.

Buena prueba de esta dificultad es la constatación de que unas mismas sociedades mercantiles son calificadas por el propio Gobierno de Aragón en unos casos como empresas públicas y, en otros, en cambio, como empresas participadas (públicas o privadas, según los casos) pero no integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma.

Así sucede, por ejemplo, con las sociedades Platea Gestión, S.A. (41'00% del capital social); Aramón, Montañas de Aragón, S.A. (50'00%); Panticosa Turística, S.A. (48'10%); Formigal, S.A. (43'97%); Nieve de Teruel, S.A. (43'01%); y Parque Temático de los Pirineos, S.A. (33'94%). Ninguna de estas seis sociedades se incluye en el anexo II del proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011, que relaciona las entidades públicas de la Comunidad Autónoma (entidades de derecho público, empresas públicas, fundaciones y consorcios). Y tampoco son calificadas como empresas públicas autonómicas en el Informe Anual de 2009 de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, sino que la primera de ellas, Platea Gestión, S.A., aparece en el apartado de las empresas públicas sin mayoría de la Comunidad Autónoma de Aragón, y las otras cinco son incluidas en el Informe Anual como empresas privadas participadas.

Sin embargo, el Gobierno de Aragón sí califica estas seis sociedades como empresas públicas pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma en los informes sobre la situación de endeudamiento vivo a largo plazo del sector público aragonés que, trimestralmente, remite a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón. Y lo hace, además, de acuerdo con el Derecho comunitario, al mencionar expresamente en dichos informes el SEC-95; esto es, el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de 1995. ¿Son, en definitiva, empresas públicas autonómicas? A efectos del Derecho de la Unión Europea, la respuesta parece que tiene que ser afirmativa.

III. LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA DE CONTROL DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO

1. La función de control de la acción del Gobierno como derecho fundamental del Diputado ex artículo 23.2 CE

No es objeto de este trabajo exponer una completa teoría sobre la función de control por el Parlamento de la acción del Gobierno. Existen al respecto magníficos estudios, entre los que cabría destacar, por citar sólo un autor, los trabajos del profesor RUBIO LLORENTE (23).

De entre los diferentes controles a los que está sometida la Administración Pública, el sector público en general, destaca sin duda el control ejercido por el Parlamento, previsto en el artículo 66.2 de la Constitución: «*Las Cortes Generales (...) controlan la acción del Gobierno ...*»; e, igualmente, en el artículo 33.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: «*Las Cortes de Aragón (...) impulsan y controlan la acción de la Diputación General ...*». Se trata, por tanto, de una función, la de control parlamentario, reconocida y garantizada tanto por la norma fundamental del Estado como por la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma.

En opinión de ARAGÓN REYES es la función de control la que caracteriza (es decir, singulariza) al Parlamento. Función de control ligada a la consideración de la representación parlamentaria como representación plural, al entendimiento del Parlamento como institución y no sólo como órgano, en fin, a la concepción de la democracia como democracia pluralista.

Por su parte, LÓPEZ GUERRA considera, dada la configuración actual de los Parlamentos y de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, que «*el principio de las mayorías, base del funcionamiento del sistema parlamentario, no puede aplicarse sin más a la función de control*». Y ello porque «*por definición, en un régimen parlamentario, la mayoría apoya al gobierno, y es a la minoría a quien corresponde el examen y la crítica de la actuación gubernamental*». Por tanto, «*si ha de haber un control de la acción del Gobierno en el Parlamento (y en el caso español ello es expresamente querido por la Constitución) ese control ha de ser ejercido por la minoría; y, como consecuencia lógica, no pueden negarse a la minoría los pode-*

(23) Véase al respecto, por ejemplo, el libro del profesor RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, 1997; en concreto, el capítulo titulado «El control parlamentario», pp. 205 a 222.

res necesarios para llevar a cabo esa función. Podría así hablarse de los poderes implícitos de la minoría parlamentaria» (24).

En este sentido, como señala también LÓPEZ GUERRA, las iniciativas de control al Gobierno presentadas por un Diputado individualmente o por un Grupo Parlamentario, normalmente de la minoría, una vez calificadas por la Mesa de las Cortes, mediante una intervención regida por criterios de legalidad y no de oportunidad, obligan al Gobierno «a someterse a examen y evaluación. (...) El Parlamento no es sólo foro de control, sino también y sobre todo, foro obligatorio de control» (25).

Con base en el artículo 23 de la Constitución, especialmente su apartado segundo, y por medio, entre otras, de las Sentencias 161/1988, 181/1989, 220/1991, 275/1993, 95/1994, 41/1995, 38/1999, 27/2000, 203/2001 y 177/2002, y del Auto 426/1990, el Tribunal Constitucional ha elaborado una importantísima doctrina que viene a estimar como derecho fundamental de los Diputados el ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno (26). Resulta de especial interés destacar el contenido principal de algunas de estas resoluciones del Alto Tribunal.

En la primera de ellas, la STC 161/1988, de 20 de septiembre (27), el Tribunal Constitucional señala que «el derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución es un derecho de configuración legal (...) y, en su consecuencia, compete a la Ley, comprensiva de los Reglamentos parlamentarios, el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, éstos quedan integrados en el status propio de cada cargo con

(24) LÓPEZ GUERRA, L.: «Organización y funcionamiento del Parlamento del futuro», en *El Parlamento del siglo XXI*, VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos (coord. por PAU I VALL, F.), Ed. Tecnos, 2002, pp. 42-43.

(25) LÓPEZ GUERRA, L.: «El control parlamentario como instrumento de las minorías», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8, 1996, p. 90.

(26) El artículo 23 CE dispone lo siguiente:

«1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.»

(27) La STC 161/1988 resuelve un recurso de amparo, promovido por Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, contra un Acuerdo de la Mesa de la Cámara que denegó la admisión a trámite de varias solicitudes recabando diversa documentación al Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La Mesa de la Cámara había justificado su negativa en la protección del derecho a la intimidad de las personas, entre otras razones.

la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 de la Constitución, defender ante los órganos judiciales —y en el último extremo ante este Tribunal— el “ius in officium” que consideren ilegítimamente constrañido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo» (F.J. 7).

En la Sentencia 220/1991, de 25 de noviembre (28), afirma el Tribunal Constitucional que, con relación a «los actos a través de los cuales se articulan las peticiones de información y preguntas de los parlamentarios a los miembros del Gobierno y, en general, todos aquellos que se produzcan en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Parlamento, incluidos los autonómicos», en el desarrollo de esa clase de relaciones, no se excluye, excepcionalmente, que «pueda vulnerarse el ejercicio del derecho fundamental que a los parlamentarios les garantiza el art. 23 de la C.E., bien por el Ejecutivo, bien por los propios órganos de las Cámaras, si se les impide o coarta el ejercicio de la función parlamentaria. Es importante destacar que esto no supone constitucionalizar todos los derechos y facultades que constituyen el Estatuto del Parlamentario, sino tan sólo aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del Gobierno» (F.J. 5).

Esta declaración aparece aún más rotundamente afirmada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2001, de 23 de abril (29): «sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos (lesión del derecho fundamental) los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno (...)» (F.J. 2).

(28) La STC 220/1991 resuelve un recurso de amparo interpuesto por Diputados de Euskadiko Ezquerria del Parlamento Vasco ante la negativa de miembros del Gobierno autonómico a facilitar la información que habían solicitado, mediante la presentación de preguntas para respuesta oral en Comisión, sobre el destino de gastos reservados habilitados en los Departamentos de Interior y de Presidencia en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de 1988 y 1989.

(29) La STC 107/2001 resuelve un recurso de amparo promovido por un Diputado de la Asamblea Regional de Murcia respecto a los Acuerdos de la Mesa de la Cámara que inadmitieron a trámite una pregunta, formulada al Consejo de Gobierno para su respuesta oral en el Pleno, acerca de la enseñanza secundaria; inadmisión justificada por la Mesa de la Asamblea en la falta de competencia de la Comunidad Autónoma, al no haber asumido aún las competencias en esa materia.

Asimismo, en la Sentencia 203/2001, de 15 de octubre (30), y reiterando una consolidada línea jurisprudencial, el Tribunal Constitucional afirma que *«este Tribunal ha establecido una directa relación entre el derecho de un parlamentario ex art. 23.2 CE con el que nuestra Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos en el art. 23.1, pues «son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos» (...). De suerte que el derecho del art. 23.2 CE así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido o sería ineficaz si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio».*

Una síntesis de esta doctrina se encuentra en la Sentencia 90/2005, de 18 de abril, relativa a una solicitud de comparecencia (31), y en la Sentencia 44/2010, de 26 de julio, sobre inadmisión de preguntas parlamentarias y una proposición no de ley (32).

En definitiva, de acuerdo con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, el ejercicio por un Diputado (o por un Grupo Parlamentario) de la función de control del Gobierno, por medio de los diferentes medios e instrumentos previstos en el correspondiente Reglamento de la Cámara, es un derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 CE, en cuanto perteneciente al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria (33) (34).

(30) La STC 203/2001 resuelve unos recursos de amparo (acumulados), promovidos por un Diputado en el Congreso por Iniciativa-Els Verds (G.P. Mixto), frente a los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que inadmitieron a trámite varias solicitudes de información a la Administración General del Estado sobre expedientes de infracción instruidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(31) La STC 90/2005 resuelve un recurso de amparo, interpuesto por el Portavoz del G.P. Socialista, contra los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de inadmisión a trámite de la solicitud de comparecencia del Fiscal especial anticorrupción ante la Comisión mixta para el estudio del problema de las drogas.

(32) La STC 44/2010 resuelve un recurso de amparo, promovido por Diputados del G.P. Esquerra Unida-Bloc-Verds-IR: Compromís, de las Cortes Valencianas, respecto a diversos acuerdos de la Mesa de la Cámara que inadmitieron a trámite numerosas preguntas dirigidas al Gobierno valenciano, entre otras varias relativas al denominado «caso Gürtel», y una proposición no de ley.

(33) Esta opinión, sin embargo, no es unánime; así, BIGLINO CAMPOS, P.: «Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 30, 1993, pp. 53-100.

(34) Sobre el *«ius in officium»* de los Diputados se incluye un extenso y preciso análisis en el trabajo de ALONSO ORTEGA, A.: «El estatuto de los parlamentarios en el Derecho español», pendiente de próxima publicación.

2. En particular, el derecho fundamental del Diputado a recabar información y documentación del Gobierno

Parece conveniente analizar con algo más de detenimiento la facultad individual del Diputado de presentar solicitudes de información y documentación dirigidas al Gobierno dado que es, actualmente, el instrumento de control de la Administración institucional más utilizado. No procede en este trabajo reflejar las discusiones y polémicas doctrinales sobre si la potestad parlamentaria de recabar información está o no integrada en el concepto de control parlamentario. Lo cierto es que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional deja poco margen de duda para poder afirmar con rotundidad que este derecho individual de los Diputados forma parte del ejercicio de la función de control parlamentario de la acción del Gobierno y, por ello, pertenece «*al núcleo de su función representativa parlamentaria*», conformando el contenido esencial del derecho fundamental ex artículo 23.2 CE del que es titular un Diputado.

El artículo 109 CE establece que «*Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas*».

Partiendo de lo establecido en la Constitución, los Reglamentos de las Cámaras contemplan una doble vía para solicitar información y documentación al Gobierno: por un lado, mediante el derecho reconocido individualmente a cada Diputado; y, por otro, a través de las Comisiones parlamentarias (este último supuesto se prevé expresamente sólo en algunos pocos Reglamentos de Parlamentos autonómicos). Así, por ejemplo, en el vigente Reglamento de las Cortes de Aragón, ambas vías, solicitud individual de un Diputado y petición por una Comisión, están recogidas de forma expresa en los artículos 12 y 56, respectivamente.

En la determinación del significado, contenido y relevancia del derecho individual de los parlamentarios a recabar información y documentación al Gobierno han sido decisivas las SSTC 161/1988, 181/1989 (35),

(35) La STC 181/1989, de 3 de noviembre, resolvió un recurso de amparo promovido por un Diputado del Parlamento de Cataluña que solicitó le fuera remitida por el Departamento de Economía de la Generalitat de Cataluña fotocopia de los extractos de 81 cuentas bancarias indicadas en el Informe de la Sindicatura de Cuentas relativo a la Cuenta General de la Generalitat de 1984. El Consejero se negó a remitir la documentación pero la puso a disposición del Diputado en

220/1991 y 203/2001. De esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos deducir las siguientes ideas:

1^ª. El derecho de los parlamentarios a recabar información al Gobierno, en cuanto instrumento para el ejercicio de la función de control del Gobierno (entendida esta función en un sentido amplio), es un derecho fundamental del Diputado individual, al amparo del artículo 23.2 de la Constitución.

En el caso de las Cortes de Aragón, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de su Reglamento, este derecho del Diputado ni siquiera está supeditado al previo conocimiento, autorización o aprobación de su Grupo Parlamentario (con la excepción del apartado 6, relativo a la petición de información a la Administración General del Estado).

2^ª. Su finalidad específica es la de conocer determinados hechos y situaciones, así como los documentos administrativos que los evidencian, relativos a la actividad de las Administraciones Públicas; información que bien puede agotar sus efectos en su obtención o ser instrumental y servir posteriormente para que el Diputado que la recaba, o su Grupo Parlamentario, lleven a cabo un juicio o valoración sobre esa concreta actividad y la política del Gobierno, utilizando otros instrumentos de control.

3^ª. El Gobierno y la Administración Pública, incluidos sus organismos públicos y empresas, destinatarios de la solicitud de información o documentación, han de facilitar éstas al Diputado bien directamente remitiéndole copia de las mismas (por conducto de la Presidencia del Parlamento), bien permitiéndole acceder libremente a dicha documentación en las dependencias del Ejecutivo cuando, dada la índole de la documentación solicitada o la normativa vigente, no es posible facilitar una copia. En este último caso, si bien el Reglamento de las Cortes de Aragón no lo contempla expresamente, puede afirmarse, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que el Diputado puede ir acompañado de técnicos espe-

dependencias de la Consejería, personándose éste un día acompañado de tres asesores técnicos de su Grupo Parlamentario, a los cuales le fue vedado el acceso a la documentación. Solicitado por el Diputado el amparo del Presidente del Parlamento, la Mesa del Parlamento acordó que *«el derecho a obtener información de los Organismos públicos dependientes de la Generalidad es un derecho reconocido intuitu personae a los Diputados en el ejercicio de su función»* y, por tanto, dando por bueno el veto de la Consejería a los asesores del Grupo Parlamentario. El Tribunal Constitucional estimó parcialmente el recurso de amparo, reconociendo el derecho del Diputado a examinar la documentación solicitada con los asesores técnicos acreditados de su Grupo Parlamentario.

cialistas en la materia, siempre que éstos se encuentren acreditados ante la Cámara como asesores del respectivo Grupo Parlamentario.

Así, el Reglamento del Parlamento de Andalucía, de 28 de septiembre de 2005, prevé en el apartado 5 del artículo 7, relativo al derecho de los parlamentarios a recabar información al Gobierno, la posibilidad de que un Diputado, para el cumplimiento de su función parlamentaria, visite una dependencia de la Junta de Andalucía.

Por su parte, el Reglamento del Parlamento de Cataluña, de 22 de diciembre de 2005, regula más detalladamente esta cuestión en el artículo 6, que lleva por rúbrica «derecho de acceso a la información», previendo en el apartado 2 que si el Diputado se traslada a las dependencias de la Administración en el ejercicio de su derecho a recabar información del Gobierno, podrá ir acompañado de dos asesores, como máximo, debidamente acreditados.

4^º. Esta facultad de los parlamentarios, en cuanto derecho fundamental, no está sujeta, en el seno de la Cámara, a un control de oportunidad sobre la conveniencia o inconveniencia de hacer llegar a la Administración pública correspondiente la solicitud de información que aquéllos formulen. Mediante el artículo 12 RCA (o normas similares de otros Parlamentos) se ha querido poner en relación directa a los parlamentarios con la Administración pública.

5^º. El derecho ex artículo 23.2 CE comprende tanto el de solicitar una determinada información de las Administraciones públicas como el de obtenerla de éstas. Lo que determina que su ejercicio se encuadre en las relaciones institucionales entre el Ejecutivo y el Legislativo y, consiguientemente, que este derecho pueda ser lesionado bien por el Ejecutivo, bien por los propios órganos de las Cámaras.

6^º. Mientras los obstáculos al ejercicio de las facultades que integran la función parlamentaria provenientes de los propios órganos de las Cámaras sí son, en principio, susceptibles de revisión en amparo, las respuestas o actuaciones del Ejecutivo en réplica a tal ejercicio constituyen, también en principio, el ejercicio de las propias funciones gubernamentales, susceptibles de control político y parlamentario —y, en última instancia, electoral—, pero no revisables en general desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida, en modo alguno, por la Constitución y poco conveniente con el

normal funcionamiento de la actividad política de las Cámaras Legislativas y del Gobierno.

7º. El Diputado solicitante de la información o documentación tiene derecho a una respuesta; no a una «*respuesta con un concreto contenido*», sino simplemente a una respuesta a su petición de información o documentación, aunque dicha contestación resulte discutible, incompleta o insatisfactoria para el Diputado. Y, en caso de que se deniegue la información o documentación solicitada, la contestación del Gobierno debe ser motivada, exponiendo las razones que, a juicio del Gobierno, justifican tal denegación. Así se deduce de lo establecido en el artículo 12.4 RCA cuando señala que «*la institución o Administración requerida (...) deberá facilitar (...) la información y documentación solicitada o manifestar las razones fundadas en derecho que lo impidan*».

IV. LÍMITES A LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA DE CONTROL

1. Consideraciones generales

El derecho fundamental de los Diputados, ex artículo 23.2 CE (o de los Grupos Parlamentarios), al ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno, ciertamente no es un derecho ilimitado o absoluto, sino que está sometido a limitaciones (o incluso exclusiones) si bien éstas deben ser interpretadas restrictivamente, como una excepción a una regla general a favor del Diputado o Grupo Parlamentario solicitante.

MARTÍNEZ ELIPE distingue, con carácter general, entre tres clases de razones que eximen o limitan el deber general del Gobierno de proporcionar la información o documentación solicitada por un parlamentario: a) razones fundadas en Derecho; b) razones basadas en la seguridad y defensa del Estado; y c) razones derivadas de la protección de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos (36).

Con carácter específico para las sociedades mercantiles, a estas tres clases de razones generales, se ha querido añadir una cuarta, basada en el artículo 232 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (TRLSC),

(36) MARTÍNEZ ELIPE, L.: *Tratado de Derecho Parlamentario* (vol. 2º). *Parlamento e Información. Acceso parlamentario a la documentación. Audiencias extra-parlamentarias. Comparecencias*. Aranzadi Editorial, 2002, p. 112.

relativo al deber de secreto de los administradores de las sociedades mercantiles, el cual ha derogado el artículo 127 quáter del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (TRLSA).

Así, en primer lugar, en cuanto a las razones fundadas en Derecho, SÁINZ MORENO considera que este derecho de recabar información está sujeto a unos límites derivados de los principios generales a los «*que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico somete el ejercicio del poder público*», tales como la «*interdicción de la arbitrariedad, la protección de los derechos fundamentales, la prohibición del abuso del derecho, los límites que el propio legislador se marca a sí mismo en leyes que él también debe respetar ...*» (37).

Por su parte, MARTÍNEZ ELIPE completa esos principios generales con otros cuatro: «*la 'adecuación' de la información a su objeto, cual es el adecuado ejercicio de funciones parlamentarias; la 'proporcionalidad' de lo que se solicita en el tiempo y en la cuantía; la 'transparencia', resultando evidente e inequívoco tener conocimiento de para qué finalidad se pida la información; y la 'inmediatividad' que requiere que la petición de información debe dirigirse a quien concierne, y no indirectamente a terceras personas ...*» (38).

También en este primer grupo de razones fundadas en Derecho habría que incluir las de carácter formal o procedimental: por ejemplo, falta de legitimación activa o pasiva; inexistencia de la documentación solicitada; o violación flagrante de la cortesía parlamentaria.

En segundo lugar, existen también limitaciones por razones basadas en la seguridad y la defensa del Estado (pudiendo incluirse también razones de política exterior y actividad diplomática). En este sentido, cabe citar la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales (LSO); la Ley 11/1995, de 11 de mayo, Reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a Gastos Reservados (LRGR); y la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (LCNI).

No obstante, incluso en materias tan delicadas, en estas leyes está previsto expresamente el control parlamentario, si bien con significativas

(37) SÁINZ MORENO, F.: «Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las Cámaras», en *Cuadernos y Debates* núm. 52, sobre «Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias», Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 84.

(38) MARTÍNEZ ELIPE, L.: op. cit. p. 115.

restricciones, de forma que, por ejemplo, los parlamentarios carecen del derecho individual a solicitar información y documentación sobre tales materias. Así, el artículo 11.2 LCNI, que lleva por rúbrica «control parlamentario», contempla expresamente el acceso de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados «(...) *al conocimiento de las materias clasificadas, con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada*», estando obligados sus miembros a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban. También cabe citar con relación a esta materia la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 11 de mayo de 2004, sobre secretos oficiales.

Por su parte, finalmente, el artículo 61 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, de 22 de diciembre de 2005, prevé la constitución de la comisión de Materias Secretas o Reservadas, para que controle los créditos destinados a gastos reservados de la Administración de la Generalidad y de cualquier otra materia declarada secreta o reservada, de conformidad con la legislación vigente.

El tercer grupo de razones limitativas del derecho de información parlamentaria se sostiene en la necesaria protección de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos; en concreto, en los derechos a la libertad ideológica o religiosa, consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución; a la intimidad personal, reconocida en el artículo 18.1 CE; a la protección de datos de carácter personal, derivada de lo dispuesto en el artículo 18.4 CE; y a la libertad de expresión y de comunicación, proclamada por el artículo 20.1 CE.

Así viene señalado por el Tribunal Constitucional, cuando afirma que *«es esencial a todo sistema parlamentario la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, en la que se comprende el deber del ejecutivo de informar y el derecho de la Cámara o Cámaras a ser informadas, sin que tales técnicas de relación puedan ser utilizadas para lesionar los derechos individuales»* (Auto 60/1981, de 17 de junio. F.J. 4).

Con carácter general, como indica MARTÍNEZ ELIPE, no toda intromisión de los parlamentarios en la esfera de los derechos fundamentales y de las libertades de las personas es ilegítima, pues esta esfera no goza de una protección absoluta o ilimitada. Sí lo será, en todo caso, cuando la

información adquirida se utilice por el Diputado para fines distintos del adecuado ejercicio de sus funciones parlamentarias. Y no será una intromisión ilegítima en caso contrario, con la consecuencia de que por ello los ciudadanos no podrán ampararse en la protección que se otorga a sus derechos fundamentales. Por tanto, afirma el citado autor, «*el derecho al honor o a la intimidad (...) no puede servir de título para limitar el contenido de un acto normal de relación entre el poder ejecutivo y legislativo*» (39).

Es preciso, por tanto, analizar con mayor detalle los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, y su posible colisión con el también derecho fundamental de los Diputados a controlar la acción del Gobierno por medio de la Administración institucional.

2. La intimidad de las personas y la protección de datos de carácter personal

A) Delimitación del contenido de los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la protección de datos de carácter personal

El artículo 18 CE proclama en el apartado 1 que «*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*»; y en el apartado 4 establece que «*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». Se reconocen en ambos preceptos, por tanto, los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la protección de datos de carácter personal, respectivamente.

Se trata de dos derechos fundamentales distintos, pues si bien ambos comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, se diferencian por su distinta función, lo que aparece, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

Así viene expresado en la STC 292/2000 (40), en la que el Tribunal Constitucional alude a la expresa finalidad del constituyente al redactar el

(39) MARTÍNEZ ELIPE, L.: op. cit. p 126.

(40) La STC 292/2000, de 30 de noviembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo respecto de determinados artículos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

que sería apartado 4 del artículo 18 CE: los derechos a la intimidad y al honor *«no ofrecían garantías suficientes frente a las amenazas que el uso de la informática podía entrañar para la protección de la vida privada. De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 C.E. no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto»* (F.J. 4).

Respecto del derecho fundamental a la intimidad, la STC 292/2000 afirma lo siguiente:

— *«La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 C.E. es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad»*

— *«el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno (...), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida»*

— *«el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 C.E. (...) confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido»* (F.J. 6)

Estas afirmaciones se completan con las contenidas en la STC 144/1999 (41): *«El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 C.E. tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad (...). El art. 18.1 C.E. no garantiza sin más la «intimidad», sino el derecho a poseerla, a tener vida privada disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona y familia, sea cual sea el contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas*

(41) La STC 144/1999, de 22 de julio, resuelve un recurso de amparo electoral promovido contra una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que desestimó el recurso interpuesto contra Acuerdos de la Junta Electoral de Zona de Santander y de la Junta Electoral Provincial de Cantabria sobre inelegibilidad en elecciones locales y autonómicas.

garantías, y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información» (F. J. 8).

En definitiva, «la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren» (STC 73/1982. F. J. 5); su finalidad es «el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado» (STC 110/1984. F. J. 3); de forma que «los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’, que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988. F. J. 3).

En cuanto al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, afirma la STC 292/2000 que su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad ya que «no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos» (F. J. 6).

Por ello, «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular» (F. J. 7).

B) Derecho a la intimidad y control parlamentario

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión, por medio de numerosas Sentencias, de ir delimitando los contornos y posibles afecciones al derecho a la intimidad personal por parte de los poderes públicos. Por ejemplo, en cuestiones como el acceso a datos personales contenidos en archivos o documentos públicos (STC 144/1999); el establecimiento de cargas informativas a favor de las Administraciones Públicas (STC 110/1984, respecto de la legitimidad de la obtención de información de carácter económico por la Administración tributaria), de la Administración de Justicia en el marco de un proceso (ATC 877/1987), o de los representantes de los trabajadores (STC 142/1993, relativa a la carga impuesta al empresario de entregar información de carácter económico —la copia básica de los contratos— a los representantes de los trabajadores).

El análisis por el Tribunal Constitucional de las medidas restrictivas de la intimidad controvertidas, adoptadas por un poder público, sigue el siguiente esquema (STC 207/1996): a) si existe habilitación legal suficiente y clara, a fin de resultar previsibles a sus destinatarios; b) si el fin perseguido es legítimo; y c) si existe proporcionalidad entre la medida prevista por la Ley y la afección al derecho fundamental. Este mismo esquema debería seguirse, por tanto, para valorar la posible colisión del derecho fundamental a la intimidad por la solicitud de información formulada por un Diputado sobre la Administración institucional en general, y las empresas públicas en particular.

Por todo ello, difícilmente puede entenderse conculcado el derecho a la intimidad por la remisión a un Diputado de información sobre el personal de empresas públicas, cuando la solicitud de información se limita a conocer, por ejemplo, el nombre y apellidos de los empleados, modalidad de contrato laboral, fecha de incorporación, forma de selección y retribución bruta anual. En ese caso concreto no se produce colisión entre los dos derechos fundamentales citados.

C) Derecho a la protección de datos de carácter personal y control parlamentario

Sobre la posible colisión entre el derecho fundamental de información del Diputado (artículo 23.2 CE) y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE), la Agencia Española de

Protección de Datos (AEPD) ha tenido ocasión de pronunciarse en el Informe 327/2005, de 15 de septiembre, con motivo de una consulta formulada por un Grupo Parlamentario de la Asamblea de Cantabria (42).

La consulta plantea si resulta conforme a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cesión por parte de una sociedad anónima de la Comunidad Autónoma de Cantabria a un Grupo Parlamentario del Parlamento cántabro, de la relación de personal contratado por la sociedad, incluidos nombres y apellidos, funciones, salarios y tipo de contrato, así como copia de los modelos TC2.

En su Informe, comienza la AEPD avanzando que *«la comunicación de datos relativos al nombre y apellidos de los trabajadores, o la copia del modelo TC2 que incluye una relación nominal de los trabajadores de la Sociedad, (...) constituye (...) una cesión de datos de carácter personal en el sentido del artículo 3.i) de la Ley Orgánica 15/1999, que define la misma como 'Toda revelación de datos realizada a persona distinta del interesado'»*.

Tal cesión, continúa el Informe 327/2005, debe sujetarse al régimen general de comunicación de datos de carácter personal establecido en el artículo 11 de la Ley 15/1999, donde se establece que la misma sólo puede verificarse para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario y *«exige, para que pueda tener lugar (salvo los supuestos exceptuados por el apartado segundo), el previo consentimiento del afectado, otorgado con carácter previo a la cesión ...»*.

No obstante, dice la AEPD, no es preciso el consentimiento de los interesados en los supuestos previstos en la letra a) del apartado 2 del propio artículo 11, *«que permite la comunicación de los datos cuando la misma se encuentre habilitada por lo dispuesto en una norma con rango de Ley estatal o autonómica»*.

El Informe 327/2005 cita seguidamente varios artículos de diferentes disposiciones legales (Ley de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Estatuto de

(42) El informe está disponible en la página web del citado organismo, en la dirección www.agpd.es

Autonomía de Cantabria), así como el Reglamento de 18 de marzo de 1999 del Parlamento de Cantabria, entonces vigente, cuyo artículo 7.1 aludía a la facultad de los parlamentarios de recabar información de la Administración Pública. Y, siguiendo la referencia de la STC 292/2000, de 30 de noviembre, afirma que, respecto de la cesión o comunicación de datos, *«rige (...) el principio de reserva de Ley, de tal modo que será necesario que, a falta de consentimiento, expreso o tácito cuando la Ley lo permita, del afectado, será necesaria la existencia de una habilitación legal que dé cobertura a la comunicación».*

Esta reserva de Ley, dice la AEPD, debe ser interpretada, de acuerdo con la STC 292/2000, *«en el sentido de que el legislador no podrá, sin más, efectuar una delegación genérica de los límites del derecho fundamental a la protección de datos a favor de otro de los poderes del Estado, por cuanto conforme al artículo 53.1 de la Constitución Española cualquier restricción de un derecho fundamental está sometida al principio de reserva de Ley y debe cumplir los principios de justificación y proporcionalidad, para resaltar la necesidad de que las limitaciones que puedan establecerse a dicho derecho han de ser medidas y, en todo caso, proporcionadas».*

El Informe citado de la AEPD, tras analizar la naturaleza jurídica del Reglamento de la Cámara, y citar la STC 118/1988, de 20 de junio, y el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, estima que los Reglamentos parlamentarios están *«asimilados a las leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley».*

Por todo ello, dice la AEPD, *«es posible concluir que parece existir cobertura legal a la cesión planteada, en el ámbito previsto en el artículo 7.1 del Reglamento del Parlamento de Cantabria, no correspondiendo a esta Agencia Española de Protección de Datos proceder a la interpretación de dicho precepto a efectos de valorar la proporcionalidad de los datos que deban ser comunicados, siendo la Mesa de la Asamblea la que deba pronunciarse sobre este aspecto».*

El Informe 327/2005 finaliza señalando que *«no obstante, de conformidad con los principios de proporcionalidad y justificación antes enunciados, que deben en todo caso presidir tal cesión de datos, debe claramente indicarse en dicha comunicación que los mismos únicamente pueden ser utilizados para la finalidad que justifica su cesión, y que el tratamiento de los mismos deberá en todo momento ajustarse a las prescripciones de la Ley Orgánica 15/1999».*

En definitiva, de acuerdo con la Agencia Española de Protección de Datos, facilitar determinados datos de carácter personal que obran en poder de una empresa pública a un Grupo Parlamentario de una Asamblea Legislativa autonómica (o a un Diputado), a solicitud de éste en el ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno, no vulnera el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE), siendo compatible con el derecho fundamental de información parlamentaria (artículo 23.2 CE). En este mismo sentido se pronuncia el Informe de la AEPD núm. 267/2008.

D) Uso por un Diputado de datos de carácter personal: limitaciones específicas

El uso por un Diputado (o por un Grupo Parlamentario) de datos de carácter personal relativos a otra persona, y obtenidos mediante el ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno, está sujeto igualmente a limitaciones específicas. En concreto, los citados datos de carácter personal sólo podrán ser utilizados para la finalidad que justifica su cesión; esto es, *«para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias»* por el Diputado (artículo 12.1 RCA), pudiendo dar origen, en su caso, dado el carácter instrumental de la facultad de información, a otras iniciativas parlamentarias en el ejercicio de la función parlamentaria de control de la acción del Gobierno.

También, el tratamiento de dichos datos deberá ajustarse en todo momento a las prescripciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Así lo establece el artículo 11.5 de la citada Ley Orgánica cuando señala que *«aquel a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley»*.

Los principios de la protección de datos de carácter personal vienen establecidos en el Título II de la Ley Orgánica 15/1999, pudiendo destacarse, a los efectos de este trabajo, lo dispuesto en el artículo 4.2, que dice lo siguiente: *«los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos (...)»*.

3. El artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital (anterior artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)

En ocasiones, se ha alegado el secreto que deben guardar los administradores de las sociedades mercantiles como causa legal determinante de la negativa de un Gobierno a remitir al Parlamento o a los Diputados diferentes datos de dichas empresas. A estos efectos, se invoca la legislación en materia de sociedades anónimas; en concreto, el artículo 232 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (TRLSC), el cual ha venido a derogar el anterior artículo 127 quáter del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (TRLSA), ambos idénticos en su contenido (la única diferencia radica en la numeración de los apartados) (43).

Curiosa o paradójicamente, para los que invocan este precepto como «salva conducto» que permitiría negar información al Parlamento, el artículo 127 quáter TRLSA había sido introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificaron la Ley del Mercado de Valores y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. De hecho, se trata de la ley conocida como «Ley de Transparencia».

Así, en la exposición de motivos de la Ley 26/2003, se indica cómo en el año 2002 se creó la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, con el encargo de elaborar un informe que avanzara en el camino ya iniciado por la anteriormente constituida Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Dicho informe,

(43) El artículo 232 TRLSA, rubricado «Deber de secreto», dispone lo siguiente:

«1. Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social.

2. Se exceptúan del deber a que se refiere el apartado anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.

3. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla.»

denominado «Informe Aldama», fue hecho público a comienzos de 2003, y en él se considera fundamental el principio de la transparencia para el correcto funcionamiento de los mercados financieros, lo que implica que se transmita al mercado toda la información relevante para los inversores, que la información que se transmita sea correcta y veraz, y que ésta se transmita de forma simétrica y equitativa y en tiempo útil.

Como ha puesto de relieve la doctrina (44), el «Informe Aldama» señalaba la necesidad de proponer diversas recomendaciones para un mejor gobierno de las sociedades, entre las cuales se incluían varias relativas a una reelaboración y especificación de los deberes de lealtad y de diligencia de los administradores, detallándose los supuestos concretos de infracción del deber de lealtad en el marco del gobierno corporativo, así como el régimen de responsabilidad de los administradores por incumplimiento del mismo, con la finalidad también de establecer una distinción más nítida entre el deber de diligencia en el ejercicio del cargo y el deber de fidelidad. Es, precisamente, en este contexto donde se sitúa el anterior artículo 127 quáter TRLSA (hoy artículo 232 TRLS), al imponer y regular la obligación de los administradores de las sociedades anónimas de guardar secreto respecto de todas aquellas informaciones de carácter confidencial que pudieran llegar a conocer por razón del ejercicio de su cargo.

De acuerdo con el artículo 232.1 TRLS, no se prohíbe la divulgación o comunicación de toda información de la sociedad mercantil, sino sólo de aquélla a la que se atribuya un carácter confidencial. Por tanto, allí donde no existe confidencialidad no existe tampoco obligación de guardar secreto o reserva. Lo cual conlleva, a su vez, la cuestión de quién o cómo se determina dicho carácter confidencial respecto de «*las informaciones, datos, informes o antecedentes*» que los administradores conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo. A diferencia de otros países, en que la calificación de cierta información como confidencial corresponde al Presidente del Consejo de Administración, a un Consejo de Vigilancia, o al propio órgano de administración de la sociedad, el artículo 232.1 *in fine*

(44) Seguimos, en este punto, fundamentalmente, los trabajos de CASTELLANO RAMÍREZ, M^o. J.: «El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia (Análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Revista de derecho de sociedades*, n^o 23, 2004, pp. 117-144; y de GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: estructura de gobierno y mercados* (coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.), vol. 2, 2006, pp. 991-1028.

TRLSC vincula el carácter confidencial de la información a que su divulgación o comunicación a terceros «*podiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social*». En opinión de GALLEGO SÁNCHEZ, «*lo determinante para la atribución de carácter confidencial es la existencia de un interés del titular de la información en preservarla por su valor*» (45).

En definitiva, señala CASTELLANO RAMÍREZ, «*la Ley impone este específico deber respecto de las informaciones, datos, informes o antecedentes que los administradores conozcan como consecuencia de ejercicio del cargo. Pero lo hace siempre y cuando estos datos o informaciones tengan carácter confidencial, atribuyéndose este carácter cuando su divulgación o comunicación a tercero pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social, entendido —según reza el nuevo artículo 127 bis de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 226 TRLSC)— como interés de la sociedad*» (46).

Si se pretende aplicar el artículo 232 TRLSC a las empresas públicas, surgen necesariamente varios interrogantes. Por ejemplo, entre otros, los siguientes:

— ¿un Consejero de un Gobierno autonómico es un simple administrador de una empresa pública, o de una sociedad privada participada, o tiene una responsabilidad más elevada en ellas?

— ¿cabría considerar de carácter secreto o confidencial la relación de puestos de trabajo de dichas empresas, los contratos laborales suscritos, las retribuciones percibidas, los sistemas de selección del personal o la forma de provisión de los puestos de trabajo?

— ¿el conocimiento o divulgación de los citados datos podría tener consecuencias perjudiciales para el interés social de la empresa?

— Cuando el solicitante de esa información es el Parlamento, un Diputado o un Grupo Parlamentario, ¿tiene la consideración de «tercero» a los efectos del TRLSC?

— ¿puede estimarse perjudicial para el interés de la empresa que una información requerida por un Diputado, como la señalada anteriormente, le sea facilitada?

(45) GALLEGO SÁNCHEZ, E.: op. cit. p. 1010.

(46) CASTELLANO RAMÍREZ, M^ºJ.: op. cit., pp. 127-128.

— Y, finalmente, ¿prevalece el artículo 232 TRLSO sobre el derecho fundamental del Diputado ex artículo 23.2 CE al ejercicio de la función de control sobre la acción del Gobierno?

Todas estas preguntas, ciertamente, se contestan por sí solas.

V. NUEVOS INSTRUMENTOS PARLAMENTARIOS DE CONTROL ESPECÍFICOS

En apartados anteriores de este trabajo se ha analizado la función de control de la acción del Gobierno como derecho fundamental del Diputado y, en particular, su derecho a recabar del Gobierno la información y documentación que obre en su poder relativa al conjunto del sector público autonómico, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 RCA.

El derecho a solicitar información y documentación, la formulación de preguntas a los miembros del Gobierno para su respuesta oral o escrita, las solicitudes de comparecencia de éstos en Pleno o en Comisión, la formulación de interpelaciones a los Consejeros, la presentación de mociones y proposiciones no de ley, así como la celebración de debates para el examen de planes y programas remitidos por el Gobierno, constituyen los que podríamos denominar instrumentos «clásicos» de control e impulso de la acción del Gobierno.

Pero junto a ellos, sin desplazarlos sino con intención de complementarlos para mejorar la eficacia del control por el Parlamento del respectivo sector público autonómico, vienen introduciéndose paulatinamente nuevas formas e instrumentos, de entre los que cabe desatacar los siguientes:

1. La Ley de Reestructuración del Sector Público Empresarial de Aragón

La gran novedad de la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de Reestructuración del Sector Público Empresarial de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificada parcialmente por la Ley 7/2008, de 19 de diciembre, inédita hasta ahora en el ordenamiento jurídico español, consiste en la apertura a los Grupos Parlamentarios de la oposición en las Cortes de Aragón de su participación en los órganos de administración de las empresas públicas y privadas participadas por la Comunidad Autónoma de Aragón.

A estos efectos, la Ley 2/2008, después de ser modificada por la Ley 7/2008, diferencia cuatro posibles supuestos de participación:

a) Representación de las Cortes de Aragón en el órgano de administración de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U.

Esta sociedad, cuyo capital social fue suscrito en su totalidad por la Comunidad Autónoma, se creó por Decreto 314/2007, de 11 de diciembre, y tiene como funciones básicas la tenencia, administración, adquisición y enajenación de acciones y participaciones representativas de la presencia de la Comunidad Autónoma en el capital social de entidades mercantiles, con el fin de optimizar los procesos de control y gestión de las inversiones públicas. Precisamente, la reestructuración del sector público empresarial a la que se refiere la Ley 2/2008 ha consistido en la incorporación a la Corporación Empresarial Pública de Aragón de los títulos societarios autonómicos, mediante la adquisición del pleno dominio, con el objetivo de lograr una mejor organización, coordinación y gestión del sector público empresarial autonómico.

Pues bien, la disposición adicional primera de la Ley 2/2008 ha establecido que en el órgano de administración de esta empresa pública *«las Cortes de Aragón estarán representadas por dos miembros a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la Cámara»*.

b) Representación de las Cortes de Aragón en el órgano de administración de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Indica el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la Ley 2/2008 (modificada en este punto por la Ley 7/2008), que cuando la Corporación Empresarial Pública de Aragón disponga de la facultad de designar a tres o más miembros en el órgano de administración de una empresa pública de la Comunidad Autónoma, *«uno de los miembros será propuesto por las Cortes de Aragón a instancia de los grupos parlamentarios de la oposición, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la Cámara»*.

Esta fórmula es criticable al no seguir un criterio de proporcionalidad en función del número total de componentes del órgano de administración de la empresa pública. No es lo mismo designar un miembro en el órgano de administración cuando éste se compone únicamente de tres personas que cuando lo integran doce miembros, por ejemplo.

c) Representación de las Cortes de Aragón en el órgano de administración de las empresas públicas en la que participe minoritariamente la Corporación Empresarial Pública de Aragón.

En este caso, prevé también el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 2/2008 (introducido por la Ley 7/2008), que cuando la Corporación Empresarial Pública de Aragón disponga de la facultad de designar a tres o más miembros en el órgano de administración de una empresa pública en la que participe minoritariamente, *«uno de sus miembros será propuesto por los grupos parlamentarios de la oposición de las Cortes de Aragón, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la Cámara»*. Tampoco en este supuesto se observa un criterio de proporcionalidad.

d) Representación de las Cortes de Aragón en el órgano de administración de las empresas privadas participadas por la Corporación Empresarial Pública de Aragón.

El apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 2/2008 (introducido asimismo por la Ley 7/2008) exige los siguientes requisitos: se trate de una empresa privada participada en más de un tercio de su capital social por la Corporación Empresarial Pública de Aragón; no exista otro socio con una participación superior; y corresponda a la Corporación la facultad de designar a tres o más miembros en los correspondientes órganos de administración. En este supuesto, *«uno de sus miembros será propuesto por los Grupos parlamentarios de la oposición de las Cortes de Aragón, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento de la Cámara»*.

Finalmente, la disposición adicional tercera de la Ley 2/2008 regula las condiciones para el nombramiento y cese de estos representantes de las Cortes de Aragón: plazo para el nombramiento; mandato; y cese o sustitución de las personas designadas. Destaca la previsión contenida en el apartado 1, en cuya virtud, *«transcurridos dos meses, desde la comunicación del Gobierno de Aragón a las Cortes, sin que se haya producido propuesta parlamentaria, la Corporación Empresarial Pública podrá efectuar libremente la designación»*.

Respecto del procedimiento para la designación de los miembros de los órganos de administración a propuesta de los Grupos Parlamentarios de la oposición, la remisión al Reglamento de las Cortes de Aragón debe entenderse hecha a su artículo 213, relativo a la elección y propuesta de

nombramiento de personas para otros cargos distintos de los Senadores en representación autonómica y del Justicia de Aragón, de manera que dicha elección se realizará en la forma que proponga la Mesa de la Cámara, de acuerdo con la Junta de Portavoces, y acepte el Pleno. Estas normas fueron aprobadas por Acuerdo de la Mesa y de la Junta de Portavoces de las Cortes de Aragón, de 1 de diciembre de 2009, en las que se establece el siguiente procedimiento: la propuesta de representantes de la Cámara en los órganos de administración de las empresas afectadas se formulará por Diputados de los Grupos Parlamentarios de la oposición que constituyan, al menos, una quinta parte de los miembros de la Cámara; la Mesa de las Cortes enviará la documentación presentada a la Junta de Portavoces para que, en sesión conjunta, ratifiquen, en su caso, la propuesta; producida la ratificación de la propuesta de representantes, se comunicará al Gobierno de Aragón para que proceda a los correspondientes nombramientos, de acuerdo con la legislación mercantil (47).

Hasta la fecha (finales de noviembre de 2010), por los Grupos Parlamentarios de la oposición no se ha presentado ninguna propuesta para la designación de representantes de las Cortes de Aragón en las empresas afectadas por la Ley 2/2008.

Finalmente, llama la atención que la Ley aragonesa 2/2008 no parece haber tenido en cuenta, en la regulación de la composición de los órganos de administración de las empresas públicas autonómicas, las disposiciones al respecto contenidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; en especial, los artículos 16 y 75 de la citada Ley Orgánica 3/2007 (48).

(47) Las normas reguladoras del procedimiento para la elección de los representantes de las Cortes de Aragón en las empresas participadas por la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobadas por Acuerdo de la Mesa y de la Junta de las Cortes de Aragón de 1 de diciembre de 2009, han sido publicadas en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* núm. 186 (VII Legislatura), de 18 de diciembre de 2009. En la parte expositiva de estas normas se incluye una relación de las veintidós empresas afectadas.

(48) Concretamente, el artículo 16 de la L.O. 3/2007 establece que *«los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan»*; y el artículo 75 dispone que *«las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley»*.

2. La Oficina de Control Presupuestario

Desde hace varios años, en algunos Parlamentos autonómicos se encuentra en funcionamiento la llamada «*Oficina de Control Presupuestario*», con esta misma denominación u otra similar. Así se ha llamado en el Parlamento de Andalucía y en la Asamblea de la Comunidad de Madrid; se denomina «*Oficina Presupuestaria*» en el Parlamento de Canarias; en la Asamblea Regional de Murcia se ha optado por el nombre de «*Oficina Técnica de Seguimiento y Control Presupuestario*»; y en el artículo 203 del Reglamento del Parlamento de Cataluña está prevista como «*Oficina Presupuestaria del Parlamento*».

En cualquier caso, como nota común a todos los Parlamentos autonómicos donde existe, se trata de un servicio especializado de asesoramiento técnico y de información a los órganos de la Cámara, los Grupos Parlamentarios y los Diputados, en materia de ejecución de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma y sobre los diferentes aspectos de la actividad legislativa que tengan repercusión en los ingresos y gastos públicos.

Muy recientemente, después de varias iniciativas que finalmente no prosperaron, ha sido aprobada la Ley 37/2010, de 15 de noviembre, por la que se crea la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales (49).

En el Preámbulo de la Ley 37/2010 se reconoce que la Oficina Presupuestaria ha sido y es una reclamación constante de los distintos Grupos Parlamentarios. En este sentido, pueden destacarse dos propuestas legislativas al respecto: en primer lugar, la disposición adicional vigésima de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, que formalmente creó la Oficina Presupuestaria si bien nunca entró en funcionamiento (50); y, en segundo lugar, la proposición de Ley de la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales, presentada por el

(49) La Ley 37/2010 ha sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 277, de 16 de noviembre. Por otro lado, con muy mala técnica legislativa, contraria al principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 CE, el legislador ha aprovechado la aprobación de esta ley para modificar el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora; materia ésta que obviamente nada tiene que ver con el objeto de la primera norma.

(50) La disposición adicional vigésima de la Ley 4/1990 (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 156, de 30 de junio), establecía lo siguiente:

«Se crea, en el seno de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, una Oficina Presupuestaria destinada a asesorar técnicamente a los Órganos de las Cámaras, y a informar a los Grupos Parlamentarios y a los Diputados y Senadores sobre la ejecución durante cada ejercicio

Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, mediante iniciativa de fecha 31 de julio de 2008, cuya toma en consideración fue finalmente rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 24 de marzo de 2009 (51).

La Ley 37/2010 adscribe la Oficina Presupuestaria, orgánicamente, a la Secretaría General del Congreso de los Diputados, figurando al frente de la misma un Director nombrado por las Mesas de las Cámaras, en sesión conjunta, a propuesta del Presidente del Congreso de los Diputados, oídas las respectivas Juntas de Portavoces, entre personas de reconocido prestigio profesional en disciplinas económicas, financieras o presupuestarias, correspondiendo a la Oficina Presupuestaria, entre otras, las funciones siguientes:

a) El seguimiento y control de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado y de su liquidación y el asesoramiento técnico a los órganos de las Cámaras, así como a los Diputados, Senadores y Grupos Parlamentarios, en todas aquellas consultas que éstos realicen en relación con los Presupuestos y su estado de ejecución o liquidación y respecto de los ingresos y gastos públicos.

b) La recopilación y sistematización de la información económica y presupuestaria elaborada por otras instituciones públicas y privadas.

c) El seguimiento de la actividad legislativa que tenga repercusión en los ingresos y gastos públicos.

A estos efectos, el Gobierno remitirá a la Oficina Presupuestaria la siguiente información periódica: a) Un informe mensual sobre la ejecución del Presupuesto General del Estado; b) Un informe semestral sobre el grado de ejecución de la inversión real del Sector Público Estatal; y c) Un informe anual sobre la liquidación provisional del ejercicio presupuestario anterior. Este informe prestará particular atención al nivel de ejecución de las inversiones que fueron aprobadas en los Presupuestos Generales del Estado correspondientes al año anterior.

de los Presupuestos Generales del Estado y de la Seguridad Social, y sobre aquellos aspectos de la actividad legislativa que tengan repercusión en el ingreso y en el gasto público.

La organización y el funcionamiento de la indicada Oficina se regularán por el Reglamento de la Cámara y por las normas de desarrollo dictadas conforme a lo dispuesto en el mismo.»

(51) Esta iniciativa legislativa fue publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, (IX Legislatura), serie B, núm. 122-1, de 5 de septiembre de 2008.

Asimismo, la Oficina Presupuestaria dispondrá de acceso a las bases de información contable y presupuestaria de la Administración General del Estado, incluido el sector público empresarial y las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, de forma directa o mediante petición a los responsables directos de su tratamiento.

Finalmente, la Ley 37/2010, cuya entrada en vigor se producirá a los noventa días de su publicación en el B.O.E., prevé que por Resolución de las Mesas de las Cámaras se regule la organización y funcionamiento de la Oficina Presupuestaria.

3. El control «delegado» en la Cámara de Cuentas de Aragón

No procede en este trabajo realizar un estudio detallado de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón (LCCA), la cual ha supuesto que finalmente Aragón se sume a las Comunidades Autónomas que cuentan efectivamente con órganos propios de control externo de las cuentas públicas, dotados de una naturaleza jurídica y unas funciones, en sus respectivos ámbitos de actuación, similares a las asignadas por el artículo 136 de la Constitución al Tribunal de Cuentas (52). Tampoco se considera preciso justificar la existencia de esta institución, la cual responde, como se afirma en el preámbulo de la Ley 11/2009, «a la necesidad de potenciar el control de la actividad financiera en el ámbito autonómico, vinculada a la creciente ampliación competencial» (53).

Sin embargo, sí parece oportuno destacar el carácter absolutamente novedoso de la presencia de la Cámara de Cuentas en el entramado institucional aragonés, tras el fracaso en la puesta en marcha de la derogada Ley 10/2001, de 18 de junio, de creación de la Cámara de Cuentas de Aragón. Si bien, también debe decirse, se trata de una novedad en esta región, pero no en muchas otras Comunidades Autónomas, que cuentan con órganos similares desde la década de los años 80' del pasado siglo: Cataluña y Navarra desde 1984; Comunidad Valenciana y Galicia desde 1985; País Vasco y Andalucía desde 1988; y Canarias un año más tarde.

(52) Cabe remitirse al respecto al trabajo publicado por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: «La Cámara de Cuentas de Aragón», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (directores BERMEJO VERA, J. y LÓPEZ RAMÓN, F.), Civitas/Thomson Reuters. 2010, pp. 1051-1073.

(53) Sobre esta cuestión véase el artículo de NÚÑEZ PÉREZ, M.: «Transparencia e instituciones de control», en *Auditoría Pública*, nº 49, 2009, pp. 7-20.

Asimismo, debe señalarse el carácter delegado de la Cámara de Cuentas respecto de las Cortes de Aragón. Así viene reconocido en el artículo 112.2 del Estatuto de Autonomía de 2007 cuando afirma que «*La Cámara de Cuentas de Aragón dependerá directamente de las Cortes de Aragón y ejercerá sus funciones por delegación de éstas*».

Esta naturaleza delegada de las funciones de control externo del sector público de Aragón que desarrolla la Cámara de Cuentas, respecto de las Cortes de Aragón, tiene diversas manifestaciones en la Ley 11/2009. En primer lugar, en el hecho mismo de que la elección de sus tres miembros corresponde al Pleno de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 LCCA, siendo también las Cortes de Aragón el órgano responsable de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a los requisitos de los candidatos para ser elegidos, las causas de inelegibilidad y los supuestos de incompatibilidades (artículos 15 y 17 LCCA) (54).

En segundo lugar, con relación al programa anual de fiscalización, de gran relevancia en el funcionamiento ordinario de la Cámara de Cuentas al ser el documento en el que se hacen constar de manera oficial, para cada ejercicio presupuestario, los planes preferentes de su actividad, tanto en el ámbito subjetivo como en el objetivo de actuación de la Cámara de Cuentas. Pues bien, antes de la aprobación definitiva por el Consejo de la Cámara de Cuentas del programa anual de fiscalización, deberá consultar preceptivamente a las Cortes de Aragón a fin de que éstas expresen las prioridades que estimen convenientes en el ejercicio de la función fiscalizadora; propuestas de las Cortes de Aragón que, en cualquier caso, son vinculantes para la Cámara de Cuentas (artículo 5.2 *in fine* LCCA).

También se refleja el mencionado carácter delegado en el hecho de que corresponde a las Cortes de Aragón la aprobación de las normas que afecten al gobierno, régimen interior y personal al servicio de la Cámara de Cuentas; en particular, su Reglamento de Organización y Funcionamiento o la relación de puestos de trabajo de este órgano estatutario. También compete a las Cortes de Aragón la aprobación del presupuesto de la Cámara de Cuentas, el cual quedará incorporado en la Sección relativa

(54) A estos efectos, el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 6 y 7 de mayo de 2010, aprobó las Normas reguladoras del procedimiento de elección de los miembros de la Cámara de Cuentas de Aragón, publicadas en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* núm. 222 (VII Legislatura), de 11 de mayo de 2010.

a las Cortes de Aragón de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma (artículo 4 LCCA).

Finalmente, la Cámara de Cuentas responde ante las Cortes de Aragón de la labor realizada. A estos efectos, debe remitirle todos los informes evacuados relativos a la gestión de cualesquiera de las entidades que integran el sector público autonómico y los correspondientes a las entidades locales aragonesas y su sector público (artículo 13.3 LCCA) y presentarle durante el primer trimestre del año la Memoria anual de las actuaciones de la Cámara de Cuentas correspondiente al ejercicio anterior (artículo 14.1 LCCA). Asimismo, su Presidente deberá comparecer ante las Cortes de Aragón para la aclaración de los informes remitidos cuando así sea requerido por el Pleno de las Cortes [artículo 24.1.g) LCCA].

Cabe destacar, en este sentido, las previsiones contenidas en el artículo 164 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, relativo a los informes de fiscalización sobre los órganos, los entes y las entidades del sector público de la Generalidad emitidos por la Sindicatura de Cuentas de Cataluña; o en el artículo 214 del Reglamento del Parlamento Vasco, referido a los informes, tanto ordinarios como extraordinarios, que emita el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en ejercicio de su función fiscalizadora, así como el informe anual sobre las cuentas de todas las operaciones del sector público vasco, los cuales serán remitidos, junto con las oportunas propuestas, al Parlamento.

4. Comisión parlamentaria de control específica

La creación de una Comisión parlamentaria permanente, dedicada específicamente al control de la Administración institucional de la respectiva Comunidad Autónoma, no se ha producido aún en España.

Sí existen, por ejemplo, y citando sólo algunas de las previstas, Comisiones parlamentarias para muy variados asuntos: la Comisión de Materias Secretas o Reservadas (artículo 61 del Reglamento del Parlamento de Cataluña); la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones y la Comisión de Juventud (artículo 72.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid); la Comisión de Asuntos Europeos y Acción Exterior (artículo 48 del Reglamento del Parlamento de Canarias); la Comisión de Discapacidad y la Comisión de Seguimiento y Control de la Financiación de los Partidos Políticos con representación en el Parlamento de Andalucía (artículo 46.2 del Reglamento

del Parlamento andaluz); o la Comisión de Mujer y Políticas de Igualdad y la Comisión de Nuevas Tecnologías y Sociedad del Conocimiento (artículo 45 del Reglamento de las Cortes Valencianas), entre otras.

Señala DEL PINO CARAZO *«que la necesidad de un control parlamentario de los entes instrumentales es sentida tempranamente en los países de nuestro entorno, especialmente en relación a las empresas nacionalizadas»*, citando al respecto como referencias históricas los casos de Inglaterra, en donde en 1956 se creó una Comisión parlamentaria de Industrias Nacionalizadas, y de Francia; en este país, indica la citada autora, existió una Comisión parlamentaria de carácter permanente dedicada exclusivamente al control de la empresa pública, pero desapareció en el año 1958 *«bajo el pretexto de una supuesta injerencia en la política gubernamental»* (55).

A la vista de la evolución de la Administración institucional en todas las Comunidades Autónomas, con los incrementos tan notables en el número de entidades públicas creadas y en el volumen presupuestario que manejan, parece especialmente oportuna la creación de una Comisión parlamentaria permanente para el control de la Administración institucional o instrumental de la Comunidad Autónoma, especializada en este tipo de entidades públicas.

VI. LA REGULACIÓN DEL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN LOS REGLAMENTOS DE OTROS PARLAMENTOS AUTÓNOMICOS

A diferencia del Reglamento de las Cortes de Aragón, en el que, como se ha señalado al inicio de este trabajo, se mencionan las empresas públicas únicamente en el artículo 12.1, relativo al derecho de los Diputados a requerir de las instituciones, organismos públicos y empresas públicas de la Comunidad Autónoma la información y documentación que obre en poder de éstos, varios Reglamentos parlamentarios, la mayoría aprobados o reformados en la presente década, han ido introduciendo novedades significativas en relación con el control por el Parlamento de las entidades integrantes del sector público y, en particular, con el control parlamentario de las empresas públicas. Detallamos seguidamente las más relevantes.

(55) DEL PINO CARAZO, A.: «El Control Parlamentario de la Administración Institucional en la Comunidad de Madrid», en *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº extra 1, 2004, pp. 428-429.

En primer lugar, los Reglamentos de las Asambleas de Madrid y de Extremadura han dedicado un Título, Capítulo o Sección específico a la regulación del control parlamentario de la Administración institucional. El Reglamento de la Asamblea de Madrid dedica el Título XVII (artículos 220 y 221) al «*Control parlamentario de la Administración institucional*», en el que alude a las leyes y las comunicaciones del Gobierno relativas a la aprobación de Decretos de creación, transformación, extinción o autorización de constitución de las entidades que constituyen la Administración institucional (artículo 220), y señala que el control parlamentario se ejercerá a través de la Comisión respectiva, la cual podrá solicitar del Consejo de Administración de una empresa los datos, informes y actuaciones que estime oportunos, así como la comparecencia del personal directivo de las empresas (artículo 221). El Reglamento de la Asamblea de Extremadura, por su parte, regula en el artículo 235 (incluido en la sección cuarta, del Capítulo Cuarto del Título VII) el control parlamentario de los organismos públicos y empresas públicas de la Comunidad Autónoma a través de las correspondientes comisiones según la Consejería a la que esté adscrita, con un contenido similar al artículo 221 de la norma madrileña.

En el caso de la Comunidad de Madrid, además, esta materia se rige también por la Ley 1/1989, de 2 de marzo, reguladora del control parlamentario de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, la cual consta de un único artículo (56).

En segundo lugar, se regula con mayor detalle el derecho del Diputado o del Grupo Parlamentario a recabar del Gobierno información y documentación de las instituciones, organismos públicos y empresas públicas de la Comunidad Autónoma que obre en poder de éstas. La configuración de este derecho de información es similar, inicialmente, a la prevista en el artículo 12 RCA, pero se añaden a continuación dos cuestiones muy relevantes, como hemos visto anteriormente: por un lado, qué sucede si el Gobierno no aporta la información o documentación solicitada; por otro, cómo ha de actuarse cuando la remisión, conocimiento o divulgación de la información solicitada pudiera afectar a derechos fundamentales de terceras personas.

(56) Dicho artículo único establece lo siguiente: «*El Consejero titular del Departamento al que estén adscritos los organismos correspondientes o, en el supuesto del capítulo 7 del título I de la Ley 1/1984, el Consejo de Gobierno remitirá a la Asamblea de Madrid, con carácter trimestral, la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance de situación de cada Organismo, así como anualmente los informes de auditoría realizados por la Intervención General de la Comunidad de Madrid y cualquier otra auditoría externa, en su caso.*».

En el primer supuesto, dispone el artículo 5.6 del Reglamento del Parlamento de Cataluña que si el Gobierno no atiende debidamente las solicitudes de información formuladas, *«a petición del diputado o diputada que ha presentado la demanda de información, debe incluirse en la primera reunión plenaria una pregunta sobre las razones que han impedido hacerlo. Si, a juicio del grupo parlamentario al cual pertenece quien lo ha solicitado, las razones no están fundamentadas, en el plazo de cinco días puede presentar una propuesta de resolución ante la correspondiente comisión, la cual ha de ser incluida en el orden del día de una sesión a celebrar en el plazo de quince días»*. Por tanto, el Gobierno tendrá que explicar ante el Pleno del Parlamento por qué no facilita la información o documentación pedida por un Diputado o Diputada, pudiendo verse sometido a un debate al respecto (57).

La segunda cuestión ha sido resuelta por varios Reglamentos de Parlamentos autonómicos primando el derecho fundamental del Diputado a obtener la información solicitada. Esto es, incluso en estos supuestos, el Gobierno sigue teniendo la obligación de facilitar la información requerida por un Diputado en el ejercicio de su derecho fundamental al control de la acción del Gobierno, si bien, dado el contenido de esa información sensible respecto de otros derechos igualmente fundamentales, no se facilitará la misma de forma pública sino reservada, debiendo el Diputado guardar el adecuado sigilo.

Así, por ejemplo, el artículo 231.5 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura establece que *«Cuando los datos, informes o documentos solicitados afecten al contenido esencial de derechos fundamentales o libertades públicas constitucionalmente reconocidas, la Mesa, a petición motivada de la Junta de Extremadura, podrá declarar el carácter secreto de las actuaciones de tal forma que el diputado los pueda conocer pero no divulgarlos, así como disponer el acceso directo a aquellos en los términos establecidos en el apartado anterior si bien el diputado podrá tomar notas, mas no obtener copias ni reproducciones ni actuar acompañado de las personas que le asistan»*. En términos muy similares, el Reglamento de las Cortes Valencianas matiza en el artículo 12.4 que *«la Mesa, a petición del Consell, podrá declarar el carácter no público de las actuaciones»* (58).

(57) En términos similares resuelven esta cuestión el artículo 11.4 del Reglamento del Parlamento Vasco; artículo 9.5 del Reglamento del Parlamento de Cantabria; y artículo 12.7 del Reglamento del Parlamento de Canarias.

(58) También recogen esta solución los artículos 18.4 del Reglamento de la Asamblea de Madrid; y 12.6 de Reglamento del Parlamento de Canarias.

En este mismo sentido, en la Asamblea Regional de Murcia, la Presidencia dictó una Resolución, de 14 de marzo de 2006, interpretativa del artículo 13.3 del Reglamento de la Asamblea, para regular el acceso de los Diputados a los datos, informes o documentos que afectaran al contenido esencial de los derechos fundamentales o libertades públicas. A estos efectos, dice la Resolución, la Mesa de la Asamblea nombrará para cada Legislatura un Diputado designado por cada Grupo Parlamentario, el cual podrá acceder a dicha información en las dependencias de la Consejería correspondiente. El Diputado está obligado a guardar reserva sobre esos datos, aun después de cesar en el cargo (59).

Por otra parte, como se ha indicado en un apartado anterior, el Reglamento del Parlamento de Cataluña ha regulado el acceso de los Diputados a las materias declaradas secretas y reservadas y a los registros de datos (artículos 6 y 7), y ha creado al efecto una Comisión de Materias Secretas o Reservadas (artículo 61).

En tercer lugar, algunos Reglamentos de Parlamentos autonómicos, al regular la tramitación del proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, han previsto la posibilidad de que se presenten enmiendas a los presupuestos de las empresas públicas. Así se dispone en el artículo 132.4.c) del Reglamento de las Cortes Valencianas, cuando afirma que *«Cada grupo parlamentario agrupará, para su defensa, en una sola intervención todas sus enmiendas parciales a una misma sección y a los organismos autónomos y empresas públicas relacionados con la misma»*. Lo mismo ocurre en el Reglamento del Parlamento de Cataluña, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119.4 (60).

También en materia presupuestaria, el Reglamento del Parlamento de Navarra ha previsto que la Administración de la Comunidad Foral de

(59) El artículo 13.3, párrafo tercero, del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia dispone que *«En el supuesto de que los datos, informes o documentos solicitados afecten al contenido esencial de los derechos fundamentales o libertades públicas constitucionalmente reconocidas, el Consejo de Gobierno comunicará a la Mesa el carácter reservado de los mismos. En tal caso, sólo tendrán acceso a los mismos los Diputados nombrados por la Mesa que, previamente, hayan sido designados por los Grupos Parlamentarios para conocer dicha información»*.

(60) El artículo 119.4 dispone lo siguiente: *«Las enmiendas al proyecto de ley de presupuestos que comportan aumento de crédito en algún concepto son solo admitidas a trámite si, además de cumplir los requisitos generales, proponen a su vez una baja de una cuantía igual, como mínimo, en algún otro concepto del estado de gastos del mismo departamento del Gobierno y de los organismos, entidades y empresas dependientes»*.

Navarra facilite a los Parlamentarios Forales un acceso informático a su sistema de gestión presupuestaria, en las condiciones que se determinen y con las garantías necesarias para la seguridad del sistema (artículo 14.5). Aunque expresamente no se indique, cabe suponer que se permitirá el acceso también a la gestión del presupuesto de todo el sector público autonómico, incluidas por tanto las empresas públicas.

Finalmente, el artículo 44 del Reglamento del Parlamento de La Rioja atribuye a la Comisión de Presupuestos funciones de vigilancia de los contratos de la Comunidad Autónoma, recabando trimestralmente, entre otros datos, la totalidad de los expedientes de contratación de obras, gestión de servicios y suministros.

En cuarto lugar, algunos Reglamentos parlamentarios contemplan expresamente la comparecencia, ante la correspondiente Comisión, de los responsables de las entidades integrantes de la Administración institucional, e incluso se establece, también expresamente, la posibilidad de la comparecencia de representantes del respectivo Gobierno autonómico en sociedades privadas participadas. En este sentido, prevé el artículo 93.1 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, ante la respectiva Comisión: «d) *La comparecencia de presidentes de Consejos de Administración, directores, gerentes o, en su caso, asimilados y cargos electivos de los organismos públicos de la Junta de Extremadura, así como de las empresas públicas en los términos de la legislación administrativa, para informar sobre asuntos de su competencia. e) La comparecencia de representantes de la Junta de Extremadura en instituciones, empresas o entidades en las que participe o esté representada, cualquiera que sea la forma de participación o representación, para informar sobre asuntos de su competencia*». Asimismo, se contemplan estas comparecencias en el artículo 42.1.3º del Reglamento de Canarias, habiendo previsto igualmente el artículo 196.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid que «*las preguntas de respuesta oral en Comisión podrán ser contestadas por los Viceconsejeros y los Directores Generales u otros altos cargos asimilados en rango a éstos*»; por tanto, también, por los presidentes de Consejos de Administración, directores, gerentes o, en su caso, asimilados y cargos electivos de los organismos públicos de la Comunidad Autónoma.

En quinto y último lugar, la mayoría de los Reglamentos de los Parlamentos autonómicos han creado una Comisión específica para el control de la entidad pública de Radio y Televisión autonómica. Por ejemplo, en

los artículos 188 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Andalucía se regula la «*Comisión de Seguimiento y Control de la Empresa Pública de RTVA y de sus Sociedades Filiales*»; en la Comunidad Valenciana existe la «*Comisión Permanente no Legislativa de Control de la Actuación de la entidad pública Radiotelevisión Valenciana (RTVV) y sus Sociedades*» (artículo 182 del Reglamento de las Cortes Valencianas); el Reglamento del Parlamento de Canarias, en los artículos 195 y siguientes, se refiere a la «*Comisión de Control de Radiotelevisión Canaria*»; en Cataluña funciona la «*Comisión de Control de la Actuación de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales*» (artículos 173 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Cataluña); y, también en Extremadura, se ha creado la «*Comisión de Control de la Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales*» (artículo 101 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura).

En todos ellos se prevé que el Presidente, Director General o asimilados de las entidades responsables de la Radio y la Televisión autonómica puedan comparecer ante la Comisión específica de control o respondan a las preguntas con respuesta oral formuladas por los Diputados.

Todas las novedades de los Reglamentos parlamentarios reseñadas son, en definitiva, interesantes instrumentos de control de la acción que el Gobierno lleva a cabo por medio de la Administración institucional, cuya incorporación *mutatis mutandis* a un nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón, o a un Reglamento reformado, podría contribuir sin duda a mejorar la insustituible función del Parlamento de control del Ejecutivo y, en consecuencia, a avanzar en el cumplimiento de la ineludible exigencia de transparencia en la gestión pública.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ALONSO ORTEGA, Adolfo: *El estatuto de los parlamentarios en el Derecho español*, pendiente de próxima publicación.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín: «La Cámara de Cuentas de Aragón», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (directores BERMEJO VERA, J. y LÓPEZ RAMÓN, F.), Civitas/Thomson Reuters. 2010, pp. 1051-1073.

ARAGÓN REYES, Manuel:

— «El control parlamentario como control político», en *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986, pp. 11-39.

- «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-abril 1987, pp. 15-52.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2005.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma: «Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 30, 1993, pp. 53-100.
- CASTELLANO RAMÍREZ, María José: «El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia (Análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Revista de derecho de sociedades*, nº 23, 2004, pp. 117-144.
- DEL PINO CARAZO, Ana: «El Control Parlamentario de la Administración Institucional en la Comunidad de Madrid», en *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº extra 1, 2004, pp. 421-440.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: estructura de gobierno y mercados* (coord. por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.), vol. 2, 2006, pp. 991-1028.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: «La función de control del Parlamento sobre el Gobierno», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 31, 1994, pp. 31-70.
- LÓPEZ GUERRA, Luis:
- «El control parlamentario como instrumento de las minorías», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8, 1996, pp. 81-104.
- «Organización y funcionamiento del Parlamento del futuro», en *El Parlamento del siglo XXI*, VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos (coord. por PAU i VALL, F.), Ed. Tecnos, 2002, 29-43.
- MARTÍNEZ ELIPE, León: *Tratado de Derecho Parlamentario* (vol. 2º). *Parlamento e Información. Acceso parlamentario a la documentación. Audiencias extra-parlamentarias. Comparecencias*. Aranzadi Editorial, 2002.

- NÚÑEZ PÉREZ, Manuel: «Transparencia e instituciones de control», en *Auditoría Pública*, nº 49, 2009, pp. 7-20.
- PEÑA OCHOA, Alfonso: «El sector empresarial público de la Comunidad Autónoma», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (directores BERMEJO VERA, J y LÓPEZ RAMÓN, F.), Civitas/Thomson Reuters. 2010, pp. 1229-1258.
- RAMS RAMOS, Leonor: «El ius in officium de los representantes parlamentarios como contenido esencial del derecho fundamental del art. 23.2 CE», en *Derechos Fundamentales y otros estudios*, en homenaje al prof. Dr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Zaragoza, 2008, vol. II, pp. 1261-1284.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- SÁINZ MORENO, Fernando: «Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las Cámaras», en *Cuadernos y Debates*, núm. 52, sobre «Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias», Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 81-90.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel. 2004.
- TUDELA ARANDA, José: «La renovación de la función parlamentaria de control», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 75-104.

NUEVO RÉGIMEN JURIDICO PARA LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: PROYECTO DE LEY DE ECONOMIA SOSTENIBLE(*)

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS PREVISIONES DEL DERECHO COMUNITARIO.– III. UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS PREVISIONES DE LA LCSP VIGENTE.– IV. LA FUTURA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: 1. Visión general de las reformas propuestas por la Ley de Economía Sostenible. 2. La nueva regulación del régimen de modificaciones del contrato público: A) La relación del valor estimado y las modificaciones del contrato. B) Los supuestos de «modificación subjetiva». C) Los supuestos en que procede modificar un contrato. D) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación. E) La no alteración de las condiciones esenciales del contrato. F) El procedimiento de modificación del contrato.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El trabajo analiza el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos previsto en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible y que altera el hasta ahora regulado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Esta regulación ambiciona adaptar las previsiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA.

Palabras clave: modificación; contratos públicos; derecho comunitario.

ABSTRACT: The paper analyzes the regime of the modifications of the public procurements contracts under the Bill of Law on Sustainable Economy and amending until now regulated by Law 30/2007 of 30 October, Public Sector Contracts. This regulation craves forecasts adapt, the Judgment of the Court of Justice of the European Communities of April 29, 2004, Commission against CAS Succhi di Frutta SpA.

Key words: modification; public procurement; Law on Sustainable Economy; European law.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de octubre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 15 de noviembre de 2010.

I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones tras la adjudicación de un contrato administrativo se suceden ciertas circunstancias imprevisibles que llevan aparejada la inviabilidad de su ejecución conforme se previó inicialmente; es entonces cuando los poderes adjudicadores pueden utilizar la figura de las modificaciones de los contratos. No obstante los supuestos en que debe acudir a tal figura deben ser excepcionales, puesto que de lo contrario puede desvirtuarse el carácter competitivo de la adjudicación inicial (1), siendo frecuente que en el marco de la realidad económica actual cuantiosas licitaciones se adjudiquen a quienes efectúan grandes bajas económicas sobre el valor estimado del contrato que rozan la temeridad para luego incardinarse en una pugna constante y desafortunada con el afán de recuperar esa baja (2); lo que es más en los tiempos de crisis económica en que nos encontramos la excepcionalidad de los modificados debe ser una regla general, puesto que de lo contrario se agravarían los problemas presupuestarios.

Sin perjuicio de todo ello, y teniendo en cuenta el deber de los poderes públicos de velar porque las modificaciones sean acordes a Derecho, no es menos cierto, que la legislación vigente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —en adelante LCSP—, contempla esta institución de modo excesivamente permisivo, de suerte que en ocasiones se vulneran los principios generales de la contratación pública, conforme a la doctrina comunitaria sobre esta materia, fijada principalmente por la STJCE CAS *Succhi di Frutta Spa* —que luego expondremos—, lo que aconseja transformar sustancialmente en este aspecto la regulación existente en la LCSP, como de hecho pretende efectuar el Proyecto de Ley de Economía sostenible, aprobado por el Congreso de Ministros el 19 de marzo de 2010, cuya aprobación se realizará próximamente (en fechas recientes el proyecto se encontraba en fase de votación de las enmiendas a la totalidad) y que aborda este trabajo. Ello debe conectarse con la existencia no ya de está aislada y próxima reforma, sino de una serie de

(1) Así se refleja en el *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp. 15-118.

(2) El Dictamen del Consejo de Estado Núm. 214/1992, de 25 de mayo de 1992, destaca la utilización por los contratistas del modificado de modo que «una potestad de la Administración concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar en forma expresa la necesaria aceptación por su parte.»

dispersas pero sustanciales reformas acaecidas sobre la LCSP que hacen necesario la habilitación para refundir todas las modificaciones previstas a esta norma dictada hace escasos 4 años. De este modo, a las previsiones de la futura Ley de Economía Sostenible habría que adicionar las numerosas reformas acontecidas hasta el momento por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, la Ley 14/2010 de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, la Ley 15/2010 de 5 de julio de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, o el Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas y por los titulares de contratos de colaboración público-privada; y el proyecto de Ley de adaptación de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, que están tramitándose actualmente a la fecha de elaboración de este trabajo. Un conglomerado de normas que, reiteramos, hacen necesario necesario un texto refundido de forma urgente para ayudar a la comprensión de una norma ya compleja desde su nacimiento y que lejos de clarificarse durante su vida se enmaraña más cada día.

II. LAS PREVISIONES DEL DERECHO COMUNITARIO

El derecho comunitario se compone de una serie de normas dirigidas entre otros propósitos a regular y garantizar la existencia de un sólido mercado interior que constituye a día de hoy el núcleo de la Unión. En este sentido el Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18) compele al acatamiento de los principios del Tratado, y, en particular, a los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia (3). Estos principios, denominados principios generales de la contratación pública tienen un carácter transversal, por lo que, al contrario de lo que pudiera parecer, no sólo deben ser tenidos en cuenta en la fase de licitación y adjudicación del contrato, sino en todas las fases del mismo.

Relacionado con el modo de dar cumplimiento a estos principios están las sentencias del Tribunal de Justicia quien a través de las mismas a completado las lagunas que la Directiva aludida posee y ha dado interpretación a la misma. En la materia que nos ocupa es preciso conocer los detalles de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en adelante STJCE— de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA que sentó las bases de los requisitos para la modificación de los contratos una vez celebrados. Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizaría en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar como pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta,

(3) BAÑO LEÓN J.M, «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, Núm. 151. Enero-abril 2000, pp. 11-37; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51.

que fue una licitadora que no resultó adjudicataria, ni tampoco recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato y fue considerada tanto por TPI como por el TJCE con legitimación suficiente para ello. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJCE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Como motivos o fundamentos de la admisión del recurso, el Tribunal destacó el carácter transversal de los principios generales de la contratación pública, al que hemos aludido, y especialmente del principio de igualdad de trato de los licitadores, que exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, y asimismo, sustentó una cuestión que anunciamos es el *quid* o núcleo esencial del pronunciamiento como es la necesidad de que todos dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas, e implica, por tanto, que estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. Además, el Tribunal incidió en que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de modo que si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación, para que los licitadores tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta: Ello debe realizarse no de forma genérica sino expresa, clara y precisa e inequívoca. En este sentido es fundamental, tener presente que el TJCE proscribía todas las modificaciones de un contrato efectuadas tras la celebración del contrato, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes que abordaremos en este trabajo: 1) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación. 2) que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación.

III. UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS PREVISIONES DE LA LCSP VIGENTE.

A la fecha de elaboración de este trabajo el artículo 202 de la LCSP, contiene el régimen general de modificaciones del contrato (4). El precepto consiente las modificaciones que acaezcan una vez perfeccionado (5) el contrato cuando que se deban a razones de interés público (6) y se lleven a cabo para atender a causas imprevistas, siempre que no afecten a las condiciones esenciales del contrato (7). En lo relativo a la necesidad de perfeccionamiento del contrato para poder modificar un contrato, el artículo 27.1 de la LCSP preveía hasta hace poco tiempo que los contratos se perfeccionan con la adjudicación del mismo, sin embargo, ahora la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras a la que antes hemos aludido, ha modificado este precepto —entre otros muchos— disponiendo que la

(4) GARCIA DE LA MATA, J.E, PIPAON PULIDO, J.G., «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Diario La Ley*, Núm. 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley, (La Ley 36851/2008).

(5) En mi trabajo «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 45, 2008, pp. 149-181, tuve la ocasión de resaltar como la normativa navarra en lo que afecta a las entidades locales prevé la formalización del contrato como un elemento de potestativa inclusión en los pliegos.

(6) La exigencia de un interés público patente, claro e indubitado, ha venido exigiéndose por el Consejo de Estado en sus Dictámenes Núms.42.179, de 17 de mayo de 1979, 48.473 de 16 de enero de 1986 entre otros. Es interesante al respecto el trabajo realizado por CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DÍAZ, C., y otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

(7) El Dictamen Núm. 44.793 de 2 de diciembre de 1982 señaló, que «cuando no se aspira a dar un nuevo modo de ser a las relaciones existentes entre las partes, sino a establecer un tipo distinto de relaciones, se desbordan los límites de la modificación contractual, tratándose, en realidad, de un pacto nuevo.» La STJCE de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06, mantiene que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación «cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato». Vid MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* Núm.3, 2001.

perfección tendrá lugar con la formalización, con lo que de acuerdo con el nuevo tenor del precepto no cabrá modificar un contrato hasta que no esté formalizado.

Más importante resulta conocer cuándo o por qué causa podrá modificarse un contrato, puesto que de acuerdo con la actual redacción deberán concurrir circunstancias imprevistas no cabiendo desde el dictado de la LCSP justificar en necesidades nuevas las modificaciones de los contratos (8). Así, por «necesidades nuevas» se entendían los elementos aparecidos después de la perfección del contrato, que surgen en la ejecución del mismo, pero no necesariamente como consecuencia de esa ejecución del contrato propiamente dicha, sino más bien por la interacción de elementos externos o ajenos a dicho contrato, con lo que nunca pudieron ser tenidos en cuenta y tampoco pudieron ser previstos. Al contrario por «causas imprevistas», entenderíamos aquellas causas que surgen no ya fuera del contrato sino dentro de él, o mejor dicho, los elementos que habiendo podido ser tenidos en cuenta, no lo fueron en el momento de la preparación y adjudicación del contrato dado el estado entonces vigente de las circunstancias.

La LCSP proscribía que las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, sean modificaciones del contrato, sino en su caso, prestaciones complementarias que podrán contratarse por tal régimen (artículos 155 b) y 158 b) de la LCSP) (9).

Por otra parte, la LCSP afirma tajantemente que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual. El problema es que no aclara cómo deben efectuarse tales previsiones,

(8) La enmienda Núm. 91 a la LCSP, propuso la supresión del inciso relativo a las necesidades nuevas.

(9) Vid JIMENEZ APARICIO y otros, *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113. Vid mi trabajo, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 94, 2010, pp. 54-63.

de modo que, la mayoría de condicionados existentes que pretenden dar cumplimiento a tal medida, se limitan a parafrasear el precepto sin mayor detalle, lo que en ningún caso, puede desprenderse de la Sentencia Cas Succhi di Frutta Spa. Por otra parte, da la impresión de que si no existe tal previsión no puede llevarse a cabo modificación alguna. En este sentido interesa resaltar lo dicho por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, quien con acierto interpretó la problemática citada, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008 (10) donde mantenía que *«cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.»* No obstante lo anterior, el profesor GIMENO FELIU (11) ha calificado esta posibilidad como excesivamente posibilista, señalando que parece contravenir la doctrina comunitaria, lo que está reafirmado por el Informe 3/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que alude a la imposible modificación del contrato si no hay previsión al respecto. Puede imaginarse que si según esta tesis no se conoce sobre qué pueden establecerse modificaciones lo que sería necesario establecer en los condicionados son otras cuestiones, como por ejemplo, qué ocurriría si se hiciese necesario modificar el contrato para proseguir su ejecución normal, esto es, qué procedimiento se seguiría para ejecutar el modificado, cuál sería el modo de determinación del precio, entre otras cuestiones, algo con lo que siguiendo con la Sentencia aludida no sería exactamente acorde a la misma, a salvo de que se entienda que ello da respuesta al presupuesto de que el condicionado precisa de *«forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación»* cuál es la modificación y cómo afecta a su valor estimado.

Además de todo lo anterior, la LCSP contiene una serie de previsiones específicas para cada modalidad de contrato típico que es interesante, si

(10) El informe 43/2008 de 28 de julio de 2008, denominado *«Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad»*, resume e interpreta acertadamente el nuevo régimen jurídico de las modificaciones de contratos previsto en la LCSP, aludiendo directamente a la STJCE CAS Succhi di Frutta Spa.

(11) GIMENO FELIU J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*. Thomson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra), p. 256.

quiera citar, para observar como constituyen en la mayoría de los casos excepciones al régimen general del artículo 202. Por ejemplo, para los contratos de obras, es el artículo 217 de la LCSP quien regula el régimen de modificaciones de contratos en fase de ejecución de las mismas, disponiendo la obligatoriedad para el contratista de las modificaciones que siendo conformes con lo establecido en el artículo 202 de la LCSP, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encuentren en los supuestos previstos en la letra e) del artículo 220 de la LCSP. Tratándose de unidades de obra diferentes la LCSP da la opción al contratista de ejecutarlas a los precios convenidos o le permite no aceptarlos, en su caso, siendo destacable, la posibilidad de introducir variaciones del contrato sin necesidad de previa aprobación del modificado cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato. En la práctica, como luego veremos, muchas administraciones han entendido como «normales» e inclusive no cuestionables este última modalidad de modificaciones inferiores al 10 por 100, con el riesgo de no tomar si quiera en consideración las causas que las han motivado, siendo esto reprochable a todas luces, y pudiendo avanzar, por el momento, que la reforma de la LCSP supondrá un ingente cambio en la forma de actuar en esta tipología de contratos que anticipo será de difícil asimilación.

En conclusión, de todo lo dicho parece que se debería limitar la amplitud con que se contempla la posibilidad de modificar los distintos contratos típicos, al tiempo que resultaría obligado precisar que la previsión de efectuar modificaciones al contrato y las condiciones sobre las que podrá recaer deberá realizarse no genéricamente sino delimitando los supuestos de forma precisa, clara e inequívoca, integrando, en su caso, en el valor estimado del contrato el importe de las posibles variaciones del contrato desde el inicio. Además, sería exigible contemplar dentro del valor estimado y por tanto del anuncio de licitación tal posibilidad, puesto que si se conoce a priori, como reza la LCSP, en qué puede modificarse un contrato también debiera adecuarse tal previsión al procedimiento elegido. En el mismo sentido, el artículo 202.1 de la LCSP debiera limitar el concepto de circunstancia imprevista a las causas realmente imprevistas y a aquellas que no pudieran ser previstas en el momento de preparación

y adjudicación del contrato habiendo podido serlo pero no habiéndose apreciado ello por persona diligente, razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificadas por la clase de actividad a enjuiciar. No obstante lo anterior, sería imprescindible aclarar que pese a la no previsión en los pliegos de condiciones de la posibilidad de modificación en determinadas circunstancias, conforme a lo señalado en el párrafo anterior, siempre que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación y concorra una circunstancia imprevisible la modificación será potencialmente viable. Finalmente, debiera trasladarse íntegramente el contenido del artículo 202.3 de la LCSP al artículo 207 de la LCSP, que aborda las causas de resolución del contrato, pues si bien nos encontramos ante una modificación de uno de los sujetos, el contratista, parece más conveniente su ubicación dentro del capítulo V de la LCSP que versa sobre la extinción de los contratos, y en este caso, de la continuación de los mismos. De todo lo anterior, cabe concluir que la actual regulación de las modificaciones de los contratos es incompatible con los principios de la contratación pública y en consecuencia con las Directivas que los desarrollan (12).

IV. LA FUTURA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

1. Visión general de las reformas propuestas por la Ley de Economía Sostenible

El proyecto de Ley de Economía Sostenible fue aprobado el 19 de marzo de 2010 por el Consejo de Ministros (13)». Como ahora veremos el contenido de dicho proyecto es heterogéneo, partiendo su artículo 1 de que es la Ley de Economía Sostenible el instrumento mediante el que crear las condiciones para favorecer un desarrollo económico sostenible. En este sentido, la primera cuestión a la que es necesario aludir es al riesgo de utilización del vocablo «sostenible» por esta y otras normas, tan actual como exorbitante. La Real Academia de la Lengua Española define

(12) Vid mi trabajo «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 143, 2009, pp.529 —564.

(13) A la fecha de redacción de este trabajo el proyecto ha superado el trámite de enmiendas a la totalidad.

este término como *«proceso que puede mantenerse por sí mismo, como lo hace, p. ej., un desarrollo económico sin ayuda exterior ni merma de los recursos existentes»*. Por su parte, la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland) ya definió el concepto de «Desarrollo Sostenible» al que parece referirse la Ley de Economía Sostenible, como: *«el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades»*. Al contrario el Proyecto de Ley de Economía Sostenible define sostenibilidad como *«un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.»* De lo anterior, baste afirmar la innecesariedad de añadir esta clase de adjetivos gratos al oído pero que luego no responden, a su significado, como precisamente ha reconocido el Consejo de Estado, recomendando, de hecho, que al no corresponderse la rúbrica empleada *«con su actual alcance, se reemplace por otra que destaque adecuadamente los aspectos económicos y medio-ambientales que constituyen el objeto propio y específico de la proyectada nueva legislación (14)»*.

Como apuntábamos, el Proyecto de Ley regula una multiplicidad de materias, conteniendo a su vez un notable número de novedades normativas, afectando a tal cantidad de textos legales que el Consejo de Estado en el informe aludido la ha asimilado a una Ley Ómnibus en algunas de sus partes, atribuyéndole la introducción de reformas de índole transversal en parte de su articulado, lo que conlleva que hacen tan complejo el texto como para llegar a recomendar su clarificación para que *«los operadores jurídicos y los destinatarios de las normas tengan noticia cumplida y clara de los cambios que se van introduciendo en el ordenamiento jurídico y, así, puedan llevarse eficazmente a cabo las tareas de conocimiento, interpretación y aplicación de las normas»*.

En lo que se refiere a las previsiones que efectúa sobre la contratación, el Proyecto considera como uno de los objetivos fundamentales

(14) Dictamen 215/2010 del Consejo de Estado.

fundamental agilizar la contratación pública en plazos y procedimientos, mediante la reforma de la LCSP como instrumento para la mejora del desarrollo económico, es innegable que la contratación pública es uno de los resortes de la economía español, en concreto supone más del 17% del PIB, e instrumentos como el Fondo Estatal de Inversión Local que ya cuentan con dos ediciones (Fondo Estatal de Inversión Local para 2009 y Fondo Estatal para la Sostenibilidad y el Empleo para 2010, de cuya conveniencia o apropiación no nos pronunciaremos) han pretendido ser instrumentos para la generación de empleo y de reactivación del mercado de la construcción, que es sin duda uno de los sectores más afectados por la actual crisis económica financiera e inmobiliaria (15). Lejos de ser todo ello cierto no parece que el instrumento para modificar la LCSP —una vez más— sea la Ley de Economía Sostenible, pese a que no puede perderse de vista el litigio que mantiene el Reino de España con la Comisión Europea por cuestiones relacionadas con las modificaciones de los contratos y que conllevan la inevitable y urgente modificación de la LCSP, corriéndose el riesgo de que en una norma de tan variopintas afecciones legales se deje a un lado el valor que esta materia posee en la tramitación parlamentaria de la misma.

Entrando ya en el contenido del Proyecto, y con el fin de ofrecer unas notas generales sobre las reformas propuestas por el mismo, podemos enunciar en primer lugar, la previsión que el artículo 38 efectúa sobre la necesidad de que los entes, organismos y entidades del sector público velen por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favoreciendo la agilización de trámites, y promoviendo la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la LCSP que, como hemos dicho luego modifica. La Ley incorporaría otras novedades como la exclusión de la obligación de efectuar evaluación previa cuando un órgano de la misma Administración la haya hecho para un supuesto similar, al mismo que tiempo que se atribuye carácter excepcional a la exigencia de garantía provisional debiendo en caso contrario justificar el órgano de contratación en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato, para dar respuesta con esta previsión a los

(15) GIMENO FELIÚ J.M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 9, 2010, pp. 50-55.

mandatos de la Directiva de Servicios facilitando el acceso a las PYMES a la contratación pública eliminando un trámite y un coste innecesario, que ciertamente sí tenía incidencia cuando se utilizaban fórmulas de atribución de puntuaciones para las proposiciones económicas de los licitadores que tendían a puntuar con más puntuación a las ofertas que se encontraban en la media de todas ellas, con lo que siendo indiscutible que el precio más bajo debe obtener la máxima cantidad de puntos ningún interés tiene ya limitar la participación en las licitaciones de cualquier interesado, estando ello «justificado» en la época aludida por el temor de que algunos licitadores manipularán la media económica de las ofertas. Asimismo, el Anteproyecto contemplaba la elevación a definitiva de la adjudicación provisional cuando el adjudicatario presente la documentación requerida sin agotar el plazo de quince días hábiles general, salvo que el contrato sea susceptible de recurso especial, con ello se habilitaría a que el órgano de contratación pudiera comenzar el contrato antes que lo actualmente previsto, sin embargo ello ha sido desterrado del Proyecto quizás porque la Ley 34/2010 de 5 de agosto a la que hemos aludido, elimina ahora la adjudicación definitiva que recuperó la LCSP por la necesidad según la Comisión Europea de que la adjudicación definitiva pudiera ser objeto de recurso (16). De otra parte, se efectúa una regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado bajo fórmulas institucionales, y en cuanto a las denominadas sociedades de economía mixta se regula la elección de socio privado con el mismo procedimiento previsto para la adjudicación de contratos, respetando los principios de igualdad y concurrencia; abre, además, la posibilidad de obtener avales del Estado para la financiación de actuaciones de colaboración público privada. Finalmente, se aumenta el porcentaje de subcontratación que se puede exigir a los contratistas, que pasa del 30 por 100 al 50 por 100, con el objetivo de fomentar la participación de Pymes en la contratación pública (17)

(16) Ver Informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010. Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Ministerio de Economía y Hacienda) en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

(17) El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible incorporaba también la modificación del régimen de pagos de los poderes adjudicadores a los contratistas de obras, que hasta el momento era de 60 días naturales desde la expedición de las certificaciones de obra, pasando a 30 días naturales siguientes a la expedición de las certificaciones de obras. Causa extrañeza cómo la Ley de Economía Sostenible plantea que esta previsión no sea obligatoria de forma inmediata sino a partir de 2013, lo que hace dudar de la virtualidad de la medida como instrumento para combatir la actual crisis económica. Parece que no debe existir mayor transición cuando todos los ayuntamientos, de acuerdo con la normativa reguladora, primero del Fondo Estatal de Inversión Local y luego del Fondo

2. La nueva regulación del régimen de modificaciones del contrato público

Como se ha apuntado el todavía Proyecto de Ley de Economía Sostenible efectúa una alteración importante del régimen de modificaciones de los contratos administrativos según lo conocemos en la actual LCSP. Una de los más sustanciales cambios es que se pretende romper con la parquedad con la que hasta ahora se regulaban en la LCSP las modificaciones de los contratos creando un nuevo Título, el V, integrado por cuatro artículos, denominado «Modificación de los contratos», que se incorporaría al Título Preliminar, y que realza la importancia de esta figura. Sin ánimo de desmerecer tan loable objetivo, en un primera impresión parece que el emplazamiento más adecuado no debe ser el inmediatamente anterior a la ejecución de los contratos, sino que en aras de lograr una sistemática adecuada debiera mantenerse la actual ubicación, esto es, el Libro IV, Título I, Capítulo IV. Ello tiene que ver con el hecho de que un contrato puede modificarse una vez formalizado y no antes, con lo que ningún sentido parece tener la ubicación del nuevo título.

Pero sin duda ello afecta a una cuestión realmente trascendente y es que la regulación que vamos a analizar atañe no solo a los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas, sino también al resto de poderes adjudicadores (18). Esta cuestión supondría eliminar la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a otras entidades que no poseen la condición de Administración Pública pero que son poder adjudicador para hacer inaplicables algunas normas, entre ellas, las propias de las modificaciones de los contratos que se sometían al derecho civil y sus reglas, lo que supone la más notable de las modificaciones que ofrece la Ley de Economía Sostenible según el Consejo de Estado, por cuanto «la

Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local en los años 2009 y 2010 respectivamente, ya estaban obligados a ello para los contratos financiados por esos Fondos. Finalmente, esta regulación ya no aparecía en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible llevándose la misma a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre de 2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que entró en vigor el 7 de Julio de 2010 y afecta a los todos los contratos celebrados con posterioridad a esta fecha. Esta norma plantea no una reducción inmediata de los plazos de pago sino en «fases» (7/07/2010 – 31/12/2010: 55 días, 1/01/2011 – 31/12/2011: 50 días, 1/01/2012 – 31/12/2012: 40 días y finalmente del 1/01/2013 el plazo de pagó será de 30 días.

(18) GIMENO FELLÚ, J.M., «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», en *Revista de Administración Pública*, Núm. 176, 2008, pp. 9-54;

modificación de los contratos celebrados en el ámbito del sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil», en esta línea, la memoria del análisis de impacto normativo que incluye el expediente de la nueva norma subraya que la reforma «*supone restringir la posibilidad de modificar los contratos públicos, una vez celebrados*», restricciones que ahora «*se aplican a todos los contratos del sector público*». No obstante la bonanza de la medida el Consejo de Estado ha dictaminado la necesidad de modificar el artículo 20.2 de la LCSP que determina que los contratos privados se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación, mientras que se aplica el Derecho civil en cuanto a sus efectos y extinción, para incluir que en lo que atañe a su modificación se regirán por la LCSP, o el artículo 21.2 de la LCSP para encomendar al orden jurisdiccional contencioso administrativo las cuestiones vinculadas a la modificación de los contratos privados.

A) La relación del valor estimado y las modificaciones del contrato

Yendo al meollo de la regulación que contemplará este Título merece especial mención la alusión a una de las fundamentales vulneraciones de los principios generales de la contratación pública que se produce cuando un contrato se adjudica con una fuerte baja económica y durante la ejecución del contrato se producen modificaciones del contrato que hacen que el coste real del contrato sea muy superior al ofertado, como ya hemos dicho.

Ello es un hecho notorio, como fue puesto de manifiesto durante el debate de la reforma de la Ley 53/199 de 28 de diciembre, donde se afirmaba que «*tal como se viene aplicando la normativa de esta materia en este momento, todos somos conscientes de que los licitadores pueden presentar ofertas por debajo del precio real en la convicción de que con posterioridad a la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente visto por vía de los modificados. Ésta es una práctica que nos lleva al difícil control presupuestario desde el punto de vista de los costes de la inversión(...)*» (19). En el mismo sentido el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de

(19) Diario de Sesiones Número 232 de 22 de abril de 1999.

la situación de la contratación pública, elaborado en el año 2004 (20), ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió. El citado Informe, afirmaba que *«la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja»*. Esta Comisión de expertos defendió ya entonces que un adecuado instrumento para reforzar la transparencia del proceso sería incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste. En esta línea, y como ya hemos señalado más arriba, parece exigible, en consecuencia, contemplar dentro del valor estimado y por tanto del anuncio de licitación tal posibilidad; de modo que todo licitador conozca desde el inicio en qué cuantía está prevista la posibilidad de que un contrato se modifique y ello no de modo genérico sino que el Pliego habría de determinar los motivos y el impacto económico que sobre el contrato podrían experimentar, como indirectamente reconoce también el Consejo de Estado en el mentado informe. Precisamente el Proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende modificar el artículo 76.1 LCSP señalando que no sólo que deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato, sino que además para el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas, aclarando con ello ciertos postulados prácticos que predicaban que la previsión de que un contrato pueda modificarse debe realizarse de forma genérica, como ya hemos comentado.

B) Los supuestos de «modificación subjetiva»

Esta nueva regulación elimina los supuestos de «modificación» subjetiva de los contratos como verdaderas modificaciones del contrato, que sí

(20) *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118.

consideraba como tales el artículo 202.4 de la LCSP al prever que *«En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación»*. Así, si bien nos encontramos ante un supuesto en que el contrato puede verse modificado en su vertiente subjetiva, no es menos cierto, que no nos encontramos ante la figura de los modificados del contrato, sino de la extinción del mismo y, en su caso, de la subrogación de la parte subjetiva de éste.

El artículo 246 apartados 5 y 6 de la LCSP, prevé que en los casos de fusión de empresas en que participe la sociedad concesionaria será necesaria la autorización administrativa previa para que la entidad absorbente o resultante de la fusión pueda continuar con la concesión y quedar subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de aquélla. En igual sentido, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, el contrato únicamente podrá continuar con la entidad resultante o beneficiaria en el caso en que el órgano de contratación acceda expresamente a ello considerando los requisitos establecidos para la adjudicación de la concesión en función del grado de desarrollo del negocio concesional en el momento de producirse estas circunstancias. De lo anterior, puede inferirse la falta de claridad sobre el automatismo o no de la subrogación plena en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, lo que hace a los contratistas, en la práctica, solicitar autorización de la Administración antes de fletarse en complejas operaciones societarias, siempre que ello, claro está, les sea objetivamente posible. En cualquier caso, no parece apropiado relacionar con el ejercicio de la potestad del *ius variandi* esta circunstancia. Parece que es por ello, por lo que el Proyecto de Ley de Economía Sostenible prevé situar en el artículo 92 bis una «aclaración» al respecto disponiendo que *«Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter»*.

C) Los supuestos en que procede modificar un contrato

El artículo 202.2 de la LCSP establece que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que ésta podrá producirse deberá recogerse en los pliegos y en el documento contractual. Ello comporta tres problemas: primeramente, da la impresión de que si no hay previsión en el condicionado de la posibilidad de modificación del contrato, éste es inmodificable; de otro, llama la atención que no se establezca el alcance o precisión que esa previsión debe contener, y finalmente, pese al meritorio objetivo con el que partía esa previsión, en múltiples preceptos se contemplaban especialidades que podían acarrear la violación de los principios generales de la contratación pública y de otros

Ante la falta de previsión de la posibilidad de modificación, cabría preguntarse como ya hemos expuesto, qué ocurre cuando acaezcan circunstancias imprevistas o mejor dicho, imprevisibles, que no hagan posible continuar con la ejecución de la prestación en la forma dispuesta inicialmente si no existe previsión alguna en el Pliego de condiciones que trate la cuestión. Asimismo, si no se afectan a condiciones esenciales del contrato y la circunstancia es realmente imprevista para un poder adjudicador diligente no habrá motivos para prohibir el modificado y en consecuencia no será necesario resolver el contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, interpretó, como hemos señalado, con acierto la problemática citada, al sostener en el Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008 (21) que: *«cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.»* En el mismo sentido, MELLADO RUIZ (22), ha visto en esta nueva regulación la consolidación de la *«doble posibilidad de modificación de los contratos administrativos»*.

(21) El informe 43/2008 de 28 de julio de 2008, denominado *«Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad»*.

(22) MELLADO RUIZ, L., «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 99, 2010, p. 63.

En cuanto a la necesidad de previsión en el pliego del posible modificado, la mera contemplación genérica de utilización del *ius variandi*, no es suficiente para garantizar el ineludible respeto a los principios de publicidad y transparencia, como ha señalado el TJCE. La Junta Consultiva del Ministerio de Economía y Hacienda proponía así que la LCSP compeliere a que los pliegos establezcan de modo claro, preciso e inequívoco, qué, cómo, cuándo, por qué, y con qué efectos, incluyendo también, a nuestro juicio, los económicos, que en su caso, podrían afectar al valor estimado del contrato, y por tanto a los requisitos de elección del procedimiento utilizado o a la publicidad a conferir a la licitación actual para no hacer necesaria la constitución de una nueva adjudicación. Sin embargo, es cierto, que no es una cuestión sencilla para el legislador, y mucho menos para el poder adjudicador dada la riqueza de situaciones que se presentan en la práctica habitual. Al poder adjudicador probablemente se le plantee la duda de cuándo estamos ante un potencial o posible modificado del contrato o cuándo, simple y llanamente, estamos ante la presencia de un contrato adjudicado con una o varias circunstancias definidas a priori y que se conocerán en un momento dado de la ejecución del contrato en la forma de condición de ejecución suspensiva.

En esta línea, el artículo 92 ter dispone ahora que *«Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.»* Como puede observarse el precepto ratifica la improcedencia de una simple previsión genérica, para sensu contrario, obliga a la definición de esas circunstancias que pueden variar y plantear cómo afectarían al precio del contrato, y sobre todo al procedimiento elegido. Esto es realmente digno de mención pues viene siendo frecuente observar cómo, por ejemplo, un procedimiento negociado puede modificarse de forma reiterada hasta

puntos en que hubiera sido necesaria una modalidad procedimental distinta que hubiera exigido dar una publicidad generadora de mayor concurrencia. De otro lado, puede decirse que el legislador está persiguiendo plasmar el principio de transparencia, que no es sino trasunto del principio de igualdad y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, imponiéndose que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, así, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (23).

D) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible contempla la creación del artículo 92 quáter que tendría la siguiente denominación «*Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación*». Si la regla general es que no cabe efectuar modificaciones del contrato sin previsión expresa y específica en los pliegos de condiciones, se hacía necesario, como hemos visto más arriba, contemplar los supuestos en que no existiendo tal previsión el contrato puede ser legalmente modificado. No es baladí la dificultad que entraña elaborar esta nueva regulación dada la naturaleza excepcional con que estas situaciones tienen que contemplarse. De hecho sería la primera vez que esto ocurriría, para beneplácito de todos los intervinientes en el proceso de elaboración y ejecución del contrato, que no han sido conscientes de que ahora no es lícito modificar un contrato salvo por circunstancias imprevistas y no ya por necesidades nuevas. No es merecedor de demasiadas explicaciones que si para la doctrina y para los propios tribunales la interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados es compleja para un aplicador de la norma sin tiempo o ansias de estudiar y efectuar tales discusiones es necesario acercarse cuando estamos ante circunstancias que permitan que la modificación tenga un presupuesto acorde a Derecho (24). No obstante, no podemos dejar de

(23) Apartado 110 STJCE CAS *Succhi di Frutta/Comisión SpA*. MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33-43.

(24) En este sentido MELLADO RUIZ L., op cit., p. 60 ha afirmado que «*subsisten aún algunas dudas interpretativas, derivadas de la dicción del art. 202, sobre la fundamentación, el contenido y los límites de esta potestad administrativa.*».

poner de manifiesto que cuando se trata de definir y precisar un concepto jurídico indeterminado se corre el peligroso riesgo de contemplar algunas causas que superan lo permisible, como a nuestro juicio le puede ocurrir al legislador de aprobar el texto contemplado en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible según ha sido redactado, procediendo así efectuar un análisis detallado de cada una de las circunstancias previstas en el Proyecto como posibilitadoras de un modificación del contrato, pese a no existir previsión en los pliegos o en el anuncio de licitación:

Las dos primeras circunstancias que se enuncian en el Proyecto son la *«Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas y la «inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones»*. Estas dos circunstancias se basan en la existencia de errores en el proyecto, y generan la incertidumbre de preguntarse si todo error puede justificar la aprobación de un modificación. Pareciera que sólo si ha existido la diligencia debida en el poder adjudicador se ha errado en alguna cuestión no reprochable por falta de la diligencia aludida procede modificar el contrato, en otro caso, no habría un imprevisibilidad sino un mero e injustificable imprevisto, si fuera de otro modo pudiera parecer que todo error sería considerado como un imprevisto (todo lo no previsto por error o sin él es un imprevisto). Así de acuerdo con el principio de proporcionalidad habremos de estar a la magnitud y tipología del error, y sobre todo a los efectos o al impacto que es susceptible de causar en el mercado, siendo la clave para resolver esta cuestión que si el error hubiera generado que la oferta de los licitadores hubiera sido podido ser presentada en otros términos no habrá lugar a la aprobación del modificación. Lo que ofrece, por otra parte, la nota de imprevisibilidad a la causa, es, como hemos apuntado, que el error no hubiera podido ser previsto por un poder adjudicador diligente que desempeña normalmente su actividad debería haber previsto. A este respecto puede ser interesante reflexionar sobre la referencia a la diligencia propia del buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del Código Civil, o

incluso que exceda de ella, con la exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar (25). Los dictámenes del Consejo de Estado Núms. 1834/1995, 454/1996 o 3371/1996 aceptaron la continuación del contrato mediando error, pero justificando ello no tanto en la existencia de circunstancias imprevistas sino en el interés público subyacente en el contrato y en los perjuicios que el aumento del coste o la interrupción de los trabajo podría suponer, algo más que cuestionable. Sin perjuicio de lo anterior, parte de la doctrina, como es el caso de JIMENEZ APARICIO (26), consideran que las deficiencias del proyecto pueden incluirse dentro del concepto de causa imprevista, lo que ahora plasma la Ley de Economía Sostenible. El Consejo de Estado ha afirmado de estas causas en el informe antes aludido que si bien ambas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. Llegando a afirmar que *«se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional»*. A nuestro juicio, esta matización debe relativizarse pese a que guarda lógica que sea exigible un mayor control si el contratista es el redactor del proyecto, de modo que incluso no todo error u omisión del proyecto deba llevar a una modificación del proyecto deba aprobarse, o incluso, si se aprobare no deba cargar el órgano de contratación con los mayores costes que las soluciones conlleven, en otro caso, el contratista erraría y buscaría justificación para alterar su contrato al alza, lo que no es admisible.

La tercera circunstancia con la que el Proyecto de Ley de Economía Sostenible intenta delimitar el concepto de imprevisibilidad es la existencia

(25) BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 1ª Ed., Junio de 2007, p. 100.

(26) op. cit. pp. 932-933.

de *«fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos»*. Al respecto, si el anterior supuesto pudiese llegar a ser trasunto de lo que se conoce como causa imprevisible por «razones humanas», este supuesto, contiene la definición más tradicional del concepto de imprevisibilidad, aquella que procede de la fuerza mayor. La fuerza mayor podría definirse como un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever, en cambio un caso fortuito es un evento que, a pesar de que se pudo prever, no se podía evitar. El caso fortuito es el escalón posterior a la fuerza mayor, que es aquel evento que ni pudo ser previsto ni, de haberlo sido, podría haberse evitado. Habitualmente se les da un tratamiento similar, e incluso a veces se confunden ambos casos, pero como vemos existen diferencias, sin perjuicio de que en uno u otro caso siempre que no exista alteración sustancial de las condiciones esenciales del contrato no parecen existir obstáculos para modificar el contrato por estas causas.

La cuarta circunstancia que se contempla es la *«conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato y la necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato»*. Al respecto de los avances técnicos que pudieran sucederse debe mencionarse en primer lugar que éstos y su relación con los modificados nacieron en el seno de los contratos de gestión de servicios públicos cuya duración era en muchos casos excesiva con ocasión de incorporar los avances técnicos que supusieran una mejora en su gestión. Es frecuente, no obstante, que los pliegos de condiciones incorporen la llamada «cláusula de progreso» (27), en virtud de la cual se obliga al contratista a realizar las labores propias del contrato, de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga, por ejemplo, la normativa técnica, medioambiental y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación. Ello viene determinando no ya la instrucción de un procedimiento de modificación sino simplemente la implantación de oficio por la empresa o

(27) QUINTANA LÓPEZ, A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Núm. 131, 2006, pp. 421-444.

previa exigencia del poder adjudicador y la consecuente compensación de los costes. En este sentido, el artículo 230.4 de la LCSP establece la obligación del concesionario de obra pública de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación, sin perjuicio de lo anterior, debe restringirse este concepto a lo realmente imprevisible pues en otro caso estaríamos más ante una necesidad nueva, ahora proscrita por la LCSP.

Finalmente, la quinta circunstancia es la *«necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato»*, que se asimila en cierto modo a las dos primeras circunstancias señaladas, puesto que hacen inviable el proyecto según venía estando redactado por cuestiones externas al propio contrato. El inconveniente que puede llegar a generar es la introducción de modificaciones del contrato muy diversas motivadas por estas circunstancias, con lo que sería recomendable que se añadiera el matiz de que la modificación fuera estrictamente necesaria, puesto que si la nueva normativa no obliga a la adaptación por ejemplo de una concreta modalidad de edificio construido con anterioridad a su entrada en vigor no parece que sea conveniente que sea obligada la adaptación y en consecuencia la modificación del contrato.

En resumen, la pretendida definición se excede del concepto de circunstancia imprevista, el cual, reiteramos, no es susceptible de diseño ex novo, si no que constituye un concepto jurídico indeterminado que simplemente debe precisarse en cada caso concreto. Estaríamos ante la primera norma que *«intentase»* delimitar dicho concepto, existiendo no solo el riesgo mentado por exceso sino también por defecto; y es que el legislador ha definido un listado que a todas luces se entiende como *numerus clausus* (al señalar que solo puede modificarse el contrato cuando concurra *«alguna de las siguientes circunstancias»*) considerando que según lo dicho no puede ser de este modo.

E) La no alteración de las condiciones esenciales del contrato

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible afirma que para los supuestos de modificaciones no previstas en los pliegos de condiciones no se podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Para comprender el alcance de esta cuestión es importante conocer concepto que de condiciones esenciales mantiene el derecho comunitario (28), que ayudará a interpretar la voluntad del legislador en la normativa objeto de análisis en el presente trabajo. La primera cuestión a tener presente es que cuando se produce la alteración de una condición esencial es necesario proceder a realizar un nuevo procedimiento de adjudicación. Ello tiene por causa que la alteración suponga un falseamiento de la competencia dando preferencia al adjudicatario respecto de otros licitadores. Como señaló la Abogada General Kokott en su conclusiones en el Asunto *Pressetext*, *«Debe presumirse la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió»* (29). Por otra parte, el TJCE tuvo la ocasión de precisar en su Sentencia CAS *Succhi di Frutta Spa* que si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio durante la fase de ejecución del contrato las propias condiciones de licitación sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados, afirmando que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características

(28) Podemos indicar algunos ejemplos de alteración sustancial recogidos en el Libro Verde: *La Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* (elaborado por la Comisión Europea y comunicado el 27 de noviembre de 1996), donde se señalaba cómo se cambió el emplazamiento de la obra durante el curso del procedimiento, se suprimió una parte importante de las obras inicialmente previstas, o se modificaron las condiciones de financiación.

(29) Apartados 48 y 49 de Conclusiones del abogado general Sra. Kokott presentadas el 13 de marzo de 2008.

sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. En este sentido, es concluyente la STJCE de 19 de junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur C-454/06, que mantiene que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación *«cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato»* (30). En concreto, se ha señalado que las condiciones esenciales deben versar o comprender como mínimo, aunque no limitarse a ello, el objeto de la licitación, los criterios de selección y adjudicación, y cualquier otra cláusula que de haberse incluido en el procedimiento de licitación habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o habría permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos (31).

Por su parte, el Consejo de Estado en su Dictamen Núm. 44.793 de 2 de diciembre de 1982 señaló, que *«cuando no se aspira a dar un nuevo modo de ser a las relaciones existentes entre las partes, sino a establecer un tipo distinto de relaciones, se desbordan los límites de la modificación contractual, tratándose, en realidad, de un pacto nuevo»*, y mediante Dictamen de 19 de mayo de 1983 sostenía que *«La modificación del contrato administrativo tiene, por su propia naturaleza y por sus normas imperativas, una delimitación razonable y congruente con sus fines y planteamientos, así como con su objeto, que abarcan desde el mismo momento en que se preparan y concatenan los proyectos quedando el objeto delimitado en la adjudicación»*. Asimismo, se afirmaba que los principios generales de la contratación administrativa, exigen que la facultad de variación de

(30) Vid STJCE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98 apartados 44 y 46.

(31) La STJCE de 19 de junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur C-454/06, declara que una modificación puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial o cuando se amplían en gran medida los servicios inicialmente no contratados; y en cambio, no conlleva el deber de efectuar una nueva adjudicación cuando todos los servicios prestados por el adjudicatario se transfieren a una sociedad de capital donde éste es el único accionista; o por la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en una moneda nacional; o finalmente, cuando una entidad adjudicadora conviene con el adjudicatario durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.

los proyectos que tiene la Administración en los contratos por la misma celebrados, se ejerza dentro de un límite prudencial que no desnaturalice el objeto de la contrata. Del mismo modo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de enero de 1994 ha expresado que *«la modificación unilateral del contrato por la Administración no puede afectar a las estipulaciones esenciales»*.

Dicho esto, podemos afirmar que la LCSP en su actual redacción ya configura dos tipos de alteración sustancial, distinguiéndolas desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa. Desde un punto de vista cualitativo constituirán modificaciones sustanciales aquellas que supongan una alteración sustancial del objeto o proyecto inicial. Así, para el contrato de obras, el artículo 221.1 LCSP especifica como causas de alteración sustancial *«entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial (32)»*. Desde un punto de vista cuantitativo, para el contrato de obras, como hemos visto, la LCSP ya fija en el artículo 221 un límite del 30% en el precio del contrato en lo referente a sustitución de unidades de obra que afecten al precio al menos en ese porcentaje. Sin embargo, ahora el Proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende definir qué se entiende por alteración sustancial del contrato, lo cual sin dejar de ser un loable ejercicio que constituiría, al igual que ocurre con la delimitación de las circunstancias imprevistas, la primera ocasión en que una norma de este carácter presentaría tal grado de definición, corriendo nuevamente el riesgo de extralimitarse por exceso o defecto en el elenco de supuestos contemplados. Como ya hemos visto que ocurre al delimitar los relativos a las modificaciones no previstos en los condicionados.

El Proyecto de Ley contempla en primer lugar un supuesto claro de alteración sustancial que, como hemos señalado, ya aparecía contemplado para los contratos de obras, y que pretende recoger los supuestos en que *«la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada»* como hemos mencionado. Asimismo, afirma que se producirá alteración sustancial cuando *«la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación»*, en analogía a lo aludido en la STJCE de 19 de junio de 2008,

(32) Un ejemplo patente de alteración sustancial cualitativa viene informado en el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de junio de 1967 en que estando prevista la construcción de un ferrocarril se transformó el objeto del contrato pasando a edificar una carretera.

Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06, que también hemos citado. Por otra parte, señala que *«cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas»*, de lo que podemos concluir que si los supuestos mencionados hasta el momento atendían fundamentalmente a alteraciones en el objeto que lo hacen sustancialmente diferente al inicialmente contrato, se pretende apuntar ahora al sujeto, y en última instancia, como común denominador de las mencionadas a la presentación no ya de una oferta distinta sino de licitadores distintos a los inicialmente concurrentes que ahora sí tendrían interés en participar en la licitación.

Sin perjuicio de elogiar la razonabilidad de las anteriores circunstancias mencionadas, no puede decirse lo mismo, quizás por mera incredulidad o desconfianza práctica, sobre la previsión de que existirá alteración sustancial *«cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite»*. Es aquí donde para las prácticas propias de la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, va a acontecer una auténtica revolución normativa, a la vista de que es familiar recordar la previsión que hasta ahora hace el artículo 217 de la LCSP, al que precisamente el Proyecto de Ley de Economía Sostenible da nueva redacción, siguiendo con la posibilidad, como hacía la redacción originaria de la LCSP, de que puedan *«introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato»*, lo que en su día se justificaba por que había un porcentaje de aumento de mediciones que normalmente se sucede en muchas de las obras dada la evidente complejidad de plasmar ad initio cada una de las mediciones exactas sobre un plano o papel cuando se acude al terreno o realidad (33). Que más podría pedirse a una norma que solventara el problema del alto porcentaje de modificación (al alza) del precio final de los contratos —especialmente los de obras— pero parece que pasar de un extremo de la cuerda al otro puede hacer desgarrarlo. Es por ello que parece cuanto menos controver-

(33) HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76.

tida esta nueva circunstancia, más aún cuando el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible fijaba este porcentaje en un 20% del precio de adjudicación del contrato y ahora el Proyecto reduce al 10% el porcentaje de modificaciones. Quizás la explicación puede encontrarse en una cuestión fundada pero ajena a las problemáticas de la ejecución de la contratación sobre la realidad y es que, si las consultas al Consejo de Estado se debían llevar a cabo cuando el contrato fuera superior a un 20% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 euros —conforme al artículo 195.3.b) LCSP— ahora limitándose en el Anteproyecto al 20% jamás podía conocerse un modificado por el Consejo de Estado, con lo que ahora se modifica también esa dicción y se haría conocer al Consejo de Estado cuando el modificado tuviera un aumento *«superior a un 10% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 euros»*. Es de hecho esta la fundamentación la que obra en el informe del Consejo de Estado al que venimos aludiendo que literalmente afirma que en otro caso *«se sustraerían de la consulta obligada a este Cuerpo Consultivo los casos potencialmente más conflictivos»*. Es por ello por lo que cabe preguntarse si no habría sido suficiente que la consulta se hubiera llevado a cabo cuando el modificado experimentase un aumento del 15% —p.e.— e incluso si se hubiera estimado conveniente reducir el importe de 6.000.000 de euros por otras cifras menores para dar cabida a la importante labor de ese Consejo. Otra justificación puede venir dada por la previsión que la STJCE de 13 de enero de 2005 efectuó al condenar a España por incluir dentro de los supuestos en que podía aplicarse el procedimiento negociado sin publicidad a aquellos procedimientos abiertos o restringidos que quedaban desierto y se licitaban nuevamente mediante el procedimiento aludido alzando un 10% su precio de partida. Pero es más cierto que, a mi juicio, lo que se predicaba por el TJCE era que se utilizaba un supuesto de procedimiento negociado no previsto por la Directiva y por tanto de imposible previsión, dada la naturaleza excepcional de este procedimiento. Tampoco tendría sentido, dado que si viene contemplado por la Directiva 2004/18 que el artículo 155 de la LCSP permite adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad los contratos de obras complementarias al contratista principal hasta un importe que no supere el 50% del precio primitivo del contrato, que quizás sea la cifra o porcentaje que debiera haberse establecido ahora como máximo.

Finalmente, al contrario de lo que ocurre para las previsiones de circunstancias imprevistas se establece que en cualesquiera otros casos

en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas estaremos ante una alteración sustancial del contrato, al hilo de lo que señalaba la Sentencia CAS Succhi di Frutta Spa y por lo tanto, debe ser considerado un rotundo parabién, puesto que al contrario de lo que ocurre al definir las circunstancias imprevistas se dan ahora los elementos de juicio suficientes para delimitar el concepto de alteración sustancial.

Todo lo anterior supone la introducción de una nueva causa de resolución del contrato, como es *«la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I»* —nuevo artículo 206.h) LCSP— lo que conllevará una indemnización al contratista con el 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista —nuevo artículo 208.6 LCSP—.

F) El procedimiento de modificación del contrato

Si antes la LCSP sólo contemplaba un procedimiento de modificación del contrato para los contratos de obras en el supuesto de que se pretendiera incluir unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, ahora el Proyecto de Ley de Economía Sostenible contempla en su artículo 92 quinquies un procedimiento de modificación de los contratos con carácter general. Por un lado, remite para los supuestos en que se hubiere previsto la posibilidad de modificación del contrato en el Pliego de Condiciones al procedimiento que allí se hubiere establecido; mientras que para el caso de que se trate de los supuestos en que ello no esté previsto y por ende se den alguno de los supuestos del artículo 92 quater, se exige dar audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Todo ello sin perjuicio del preceptivo informe del Consejo de Estado u organismo consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para los

supuestos en que la modificación del contrato supere el 10% de los contratos administrativos y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros —que no modificaron en el anteproyecto donde se mantenía el informe a partir del 20% de aumento del precio, lo que justificaría el tenor del dictamen del Consejo de Estado aludido al tratar las restricciones que ahora señala la Ley de Economía Sostenible a los modificados con aumento del 10% del precio—.

Finalmente, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible da también nueva redacción a la regulación del procedimiento simplificado para los supuestos en que la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, perdurando la posibilidad que ya existía en la redacción originaria de la LCSP de continuar provisionalmente el procedimiento tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabora la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto, no supere el 10% del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

V. CONCLUSIONES

La Ley de Economía Sostenible se concibe por el Gobierno como una norma que pretende contribuir a la mejora del modelo de desarrollo económico, social y ambiental de España y aunque no se afirme expresamente, no cabe duda de que se incardina dentro de los instrumentos de los que el Ejecutivo pretende hacer uso con la intención de combatir la crisis económica actual. Partiendo de dicho afán la Ley de Economía Sostenible contempla la modificación de un gran conjunto de normas, incorporando reformas de la LCSP, destacando el presente trabajo la profunda modificación del sistema de modificación de los contratos públicos tal y como la conocíamos hasta el momento. Al respecto, si bien debe cuestionarse el hecho de que esta regulación se encuadre en la Ley de Economía Sostenible y no en una norma específica y que aglutine el total de proyectos de normas que existen como si de una Ley Ómnibus se tratara, se considera acertada la pretensión de dotar de una regulación completa a las modificaciones de los contratos para diseñar un nuevo régimen de modificaciones de los contratos que frenara las tan habituales prácticas restrictivas de los principios más básicos de la contratación pública.

En cuanto al fondo de la regulación pese a sorprender ad initio, parece adecuada la extensión del régimen de modificaciones a los contratos celebrados por todos los poderes adjudicadores sujetos de una u otra forma a la LCSP, erigiéndose en una de las pocas previsiones que para este tipo de contratos existen en la LCSP en lo que a la ejecución del contrato se refiere, y conllevando a priori una restricción de los encargos que se efectúan a estas sociedades con el fin de huir del derecho administrativo siendo un mecanismo para evitar incluso la proliferación innecesaria de las mismas y eliminando el carácter atractivo que el sometimiento al derecho civil en la ejecución de dichos contratos tenía. Pero más que a esta cuestión que supone sin duda una novedad importante, es trascendente el cambio para la ejecución de los contratos va a suponer la nueva norma en cuanto a los modificados de los contratos se refiere.

Ahora el Proyecto de Ley clarifica que un contrato puede modificarse, una vez formalizado cuando el pliego de condiciones lo disponga o cuando aún no haciéndolo concurren ciertas causas que la norma recoge, con el ánimo de delimitar, sin éxito, el concepto jurídico indeterminado de circunstancia imprevista, a la vista de que lejos de ofrecer las pautas necesarias para conocer qué debemos entender por este concepto, efectúa una regulación de causas tasadas que unas veces se exceden y con frecuencia, dada la riqueza de la práctica y la incuestionable complejidad de la contratación pública, no sean necesarias para aglutinar todo lo que pueda acontecer, dando como resultado que si la causa no está prevista en el pliego o en el artículo que contempla ahora esta regulación no podrá modificarse el contrato. Esta nueva regulación tiene, no obstante, dos grandes cuestiones muy positivas, en cuanto a que pretende acercar al gestor cuándo puede modificarse un contrato (toda vez que se eliminó la posibilidad de modificar un contrato por necesidades nuevas, y ahora los gestores plantean dudas de qué es una circunstancia imprevista), y en segundo lugar que se reconoce en un texto legal que pese a que el contrato no prevea en sus pliegos las causas de modificación éste, llegado el caso, sí puede modificarse, como habíamos mantenido. Ello no es obstáculo para reconocer que la Ley de Economía Sostenible se extralimita, en el contenido que ofrece del concepto de imprevisibilidad que ha definido la jurisprudencia comunitaria, y que es un concepto jurídico indeterminado y por ende no puede tratarse como un concepto de nueva creación al que el legislador dote ex novo de un status diferente del que le corresponde por sí mismo.

Este ánimo de regulación conceptual lleva a la nueva norma a regular también qué se entiende por alteración sustancial del contrato y pese a que se observa cómo pretende incorporar a la misma la doctrina de la jurisprudencia comunitaria, es llamativo que incluya algunos supuestos como por ejemplo el límite cuantitativo para los modificados del contratos, del 10% de aumento del precio de adjudicación del contrato que a buen seguro supondrá una auténtica revolución de difícil asimilación por los participantes en la ejecución de todos los contratos públicos (recuérdese que afectará también a los contratos privados efectuados por poderes adjudicadores no Administración Pública). No obstante, esta inclusión parece encontrar justificación en la STJCE de 13 de enero de 2005, siendo criticable a este respecto que hasta la fecha las modificaciones, precisamente de hasta ese porcentaje no requirieran ni siquiera procedimiento alguno, siendo una práctica casualmente recurrente por las distintas Administraciones, así como que el motivo de la inclusión del que al menos se tiene constancia pública es la necesaria participación del Consejo de Estado como reconoce dicho organismo consultivo en el informe 215/2010 de 18 de marzo de 2010 donde dictamina sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Pese a todo lo anterior, debe concluirse que la nueva regulación es no sólo necesaria sino de urgente puesta en funcionamiento en la contratación pública y ello aunque antes de ver la luz ya es una norma que entendemos debiera reformarse, fundamentalmente, como decimos, por el exceso en la apreciación de los presupuestos para modificar un contrato.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J. M.: «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», en *Revista de Administración Pública*, Núm. 151, enero-abril 2000, pp. 11-37;
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 1ª Edición, junio de 2007, p. 100.
- CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DÍAZ C., y otros: *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

- GARCÍA DE LA MATA, J. E., PIPAON PULIDO, J. G.: «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», en *Diario La Ley*, Núm. 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley, (La Ley 36851/2008).
- GIMENO FELLU, J. M.: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», en *Revista de Administración Pública*, Núm. 176, 2008, pp. 9-54.
- *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*, Thomson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra), p. 256.
- «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 9, 2010, pp. 50-55.
- HORGUE BAENA C.: *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76.
- JIMENEZ APARICIO y otros: *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J. M.: «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Núm. 3, 2001.
- MELLADO RUIZ, L.: «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», en *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 99, 2010, pp. 5868.
- MORENO MOLINA, J. A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33-43.
- ORDOÑEZ SOLIS, D.: *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51.
- QUINTANA LÓPEZ, A.: «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Núm. 131, 2006, pp. 421-444.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 45, enero-junio 2008, pp. 149-181.

- «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 143, 2009, pp. 529-564.
- «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 94, 2010, pp. 54-63.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO TURÍSTICO DE ARAGÓN: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL(*)

SERGIO CASTEL GAYÁN
JESÚS LACASA VIDAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL DERECHO TURÍSTICO EN ARAGÓN: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL: 1. El turismo en el marco jurídico del Estatuto de Autonomía de Aragón. 2. La Ley del Turismo de Aragón. 3. El impacto de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: A) Regímenes de autorización: a) Comunicación previa versus autorización previa. b) Guías de turismo. B) Eliminación del principio de unidad de explotación. C) Simplificación administrativa: a) Autorización turística previa de las empresas de turismo activo por parte del Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo. b) Eliminación de la comunicación obligatoria de precios. D) Ventanilla única. E) Calidad de los servicios: a) Respuesta a reclamaciones de los turistas. b) Seguros obligatorios. c) Fomento de la calidad. d) Nueva correspondencia entre infracciones y sanción de multa. F) Mejora de técnica normativa o simple actualización: a) Supresión de la concreción de las categorías. b) Número máximo de habitantes de los asentamientos tradicionales en los casos de viviendas de turismo rural y hoteles rurales. c) Infracción por práctica de la acampada libre. d) Senderos turísticos. e) Obras de renovación en edificios rurales antiguos.– III. LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA: 1. La Administración Turística de la Comunidad Autónoma. 2. Las entidades locales. 3. El papel de la Administración General del Estado.– IV. LA ORDENACIÓN TERRITORIAL DE LOS RECURSOS TURÍSTICOS.– V. EL ESTATUTO DEL TURISTA Y DEL EMPRESARIO TURÍSTICO: 1. Derechos y deberes del turista y del empresario turístico. 2. El estatuto de la empresa turística.– VI. LA PROMOCIÓN Y EL FOMENTO DEL TURISMO.– VII. LA DISCIPLINA TURÍSTICA: 1. La inspección turística. 2. Infracciones, sanciones y procedimiento sancionador.

RESUMEN: El Derecho turístico de Aragón se encuentra inmerso en un importante proceso de renovación. La reforma de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo, y su adaptación a la Directiva 123/2006 relativa a los servicios en el

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 9 de junio de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 15 de septiembre de 2010.

mercado interior, han supuesto cambios sustanciales en la regulación jurídico-pública del sector turístico. El presente trabajo pretende analizar, desde la perspectiva de su evolución más reciente, tanto el marco institucional que configura la política turística de la Comunidad Autónoma, como el marco normativo vigente y las novedades más importantes tras la reforma legislativa de 2010.

Palabras clave: Derecho turístico de Aragón; Directiva de servicios; simplificación administrativa; calidad turística.

ABSTRACT: Legislation of Aragon regarding tourism is currently undergoing an important renovation process. The reform of the tourism bill 6/2003 from February 27th and its adaptation to the directive 123/2006 concerning the services of the interior market imply substantial changes to the legal and public regulation of the tourist sector. The present paper tries to analyze from the perspective of its most recent development both the institutional framework that configures tourist policy of the Autonomous Community and the current legal framework with its most important novelties after the legal reform of 2010.

Key words: Tourist law of Aragon; Directive of services; administrative simplification; quality of tourism.

I. INTRODUCCIÓN

El sector turístico, tradicionalmente, ha sido objeto de una intensa regulación por el Derecho privado, al entender que las relaciones turísticas sólo producían efectos *inter privados*. Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido un importante proceso de «*publificación*», entrando el Derecho público en la ordenación de diversos elementos turísticos. El fundamento de este fenómeno se encuentra en la importancia del turismo para la consecución de diferentes intereses públicos, así como en la necesidad de proteger determinados bienes y derechos en el desarrollo de las actividades turísticas.

En este sentido, hoy es comúnmente admitido que el turismo se ha convertido en motor fundamental para el desarrollo económico, social y cultural de los territorios (1). Sin embargo, y a pesar de su importancia, la Constitución Española no dedica ningún precepto al sector turístico. La

(1) En la Comunidad Autónoma de Aragón, el turismo representa el 9,8% de su PIB y ocupa a más de 30.000 trabajadores, lo que supone el 8% del total.

única mención expresa es la relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, estableciendo que éstas podrán asumir competencias en materia de «*promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial*» (artículo 148.1.18), sin reconocer atribución competencial alguna a favor del Estado en el artículo 149. No obstante, el ejercicio de esta competencia exclusiva se ve condicionada y modulada por la existencia de diversos títulos competenciales de carácter transversal que habilitan al Estado a dictar normas y a realizar actuaciones con incidencia turística en todo el territorio nacional (2).

La Comunidad Autónoma de Aragón, a través de su Estatuto de Autonomía (EAAr), asume como exclusiva la competencia en materia de turismo. Ahora bien, conviene detenerse en las novedades que en este sentido recoge el nuevo texto estatutario. En su redacción original, el artículo 35.1.37 EAAr atribuía a la Comunidad la competencia exclusiva en materia de «*promoción y ordenación del turismo en el ámbito territorial de Aragón*». El actual EAAr, en la línea de los Estatutos de última generación, especifica el contenido competencial de la materia turismo, señalando que le corresponde la competencia exclusiva en materia de «*turismo, que comprende la ordenación y promoción del sector, su fomento, la regulación y la clasificación de las empresas y establecimientos turísticos, así como la coordinación con los órganos de administración de Paradores de Turismo de España en los términos que establezca la legislación estatal*» (artículo 71.51).

En la misma línea que el texto constitucional, el EAAr no contiene referencia expresa al «*hecho turístico*» al margen de la citada asunción competencial, siendo éste el denominador común de los vigentes Estatutos de Autonomía. De esta línea se apartan, sin embargo, los Estatutos de Andalucía y las Islas Baleares, que reconocen la importancia de la actividad turística y la necesidad de potenciar y fomentar su desarrollo. Sin lugar

(2) Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS, «La organización administrativa del turismo. La Administración turística de la Comunidad Autónoma», en vol. col. dirigido por José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado autonómico*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 146. Así, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el artículo 149.1 CE'78 atribuye al Estado la titularidad en materias diversas que inciden directamente en los títulos competenciales autonómicos, como el comercio exterior (artículo 149.1.10), las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13) y la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (artículo 149.1.30), sin perjuicio de otros títulos con incidencia indirecta.

a dudas, el papel especialmente estratégico del sector turístico en estas Comunidades, así como el potencial y tradición de sus políticas turísticas, explican este reconocimiento estatutario. En concreto, el Estatuto de Autonomía de Andalucía reconoce, como principio rector de las políticas públicas, «*el fomento de los sectores turístico (...), como elementos económicos estratégicos de Andalucía*» (artículo 37.1.14). Por su parte, el Estatuto de las Islas Baleares, más allá de la consideración de su fomento, aboga por un modelo turístico basado en el concepto de desarrollo sostenible. Así, dentro del Título que regula los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, y tras reconocer «*la actividad turística como elemento económico estratégico de las Illes Balears*», establece que «*el fomento y la ordenación de la actividad turística deben llevarse a cabo con el objetivo de hacerla compatible con el respeto al medio ambiente, al patrimonio cultural y al territorio, así como con el impulso de políticas generales y sectoriales de fomento y ordenación económica que tengan como finalidad favorecer el crecimiento económico a medio y largo plazo*» (artículo 24.1).

Si bien el EAAr no dedica un precepto expreso al sector turístico, contiene otros que, directa o indirectamente, afectan en su espíritu. Por un lado, aquellos que permiten considerar el turismo como un instrumento al servicio de otros fines estatutarios. En este sentido, el sector turístico es hoy, como se ha visto, uno de los sectores económicos más importantes para «*promover la corrección de los desequilibrios económicos, sociales y culturales entre los diferentes territorios de Aragón*» (artículo 20), y para coadyuvar a la consecución del «*pleno empleo de calidad*» (artículo 26). Por otro, aquellos preceptos que informan colateralmente la política y el modelo turístico de la Comunidad, como el derecho de participación —de los agentes implicados— en la elaboración de las políticas turísticas (artículo 15), la protección de la salud y la seguridad del turista como consumidor cualificado (artículo 17), o la necesidad de promover la conservación, conocimiento y difusión del patrimonio cultural, histórico y artístico de Aragón (artículo 22).

Dentro de este marco estatutario, y asumida la competencia, la Comunidad Autónoma de Aragón define e implementa una política turística propia, como manifestación más profunda del principio de autonomía política reconocido en el texto constitucional. Sin embargo, conviene tener presente que los contornos principales de esta política vienen delimitados en gran medida por ámbitos ajenos a los puntos de decisión de la Comunidad. Hoy impera un modelo turístico de carácter *cuasi universal*, que informa el funcionamiento del mercado turístico y al que se dirige la actuación

administrativa. Así, la política turística de la Comunidad de Aragón trata de dar respuesta y adaptarse al modelo que impera en la actualidad, un modelo que gira en torno a los conceptos de calidad, competitividad y sostenibilidad medioambiental, social y económica. Una política que trata de propiciar y apoyar la diversificación, la segmentación y la desestacionalización de la oferta turística (3), convirtiendo el sector turístico en un importante instrumento al servicio del reequilibrio territorial.

El modelo turístico basado en la maximización del número de turistas y de ingresos que imperó desde la década de los sesenta hasta principios de los noventa, ha dado paso a un nuevo modelo inspirado en los criterios ya citados de calidad, competitividad, diversificación y desarrollo sostenible. De este modo, el sector turístico actual, además de su notable aportación a la creación de renta, riqueza y empleo, se ha convertido en un útil instrumento para el cumplimiento de otros objetivos de interés público, como la consecución de un desarrollo territorial armónico y equilibrado, la protección del medio natural y cultural, el respeto de las identidades culturales de los pueblos, o la generación de importantes efectos dinamizadores en otros sectores económicos.

Junto a estos pilares que se han ido consolidando a lo largo de las últimas décadas, hoy surge otro referente que alumbra la política turística del siglo XXI, las nuevas tecnologías, que reestructuran el desarrollo de la actividad turística pública y privada, exigiendo la adecuación del sector al nuevo contexto de la información y la comunicación (4).

Si bien el actual modelo turístico ostenta unos contornos definidos externamente, también es cierto que la política turística autonómica goza

(3) En este sentido, la Comunidad cuenta con unos recursos que han informado tradicionalmente la promoción del destino turístico, entre ellos, el subsector de la nieve. Ahora bien, una política basada en la diversificación y la desestacionalización, que permita por tanto recibir un flujo de turistas continuo a lo largo de todas las temporadas del año, exige explorar y potenciar otros recursos que den respuesta a diferentes segmentos de la demanda turística al margen de los deportes de invierno. Así, en los últimos años se viene potenciando, entre otros, el turismo de negocios, dada la posición geográfica estratégica del territorio aragonés y la mejora de los medios de transporte; el turismo social y de salud, a través del impulso de la red de balnearios aragoneses; el turismo rural y el turismo activo, como plasmación de las peculiaridades y riquezas naturales y geográficas de la Comunidad; el turismo cultural, impulsado a través del importante patrimonio histórico-cultural de Aragón; sin olvidar otros subsectores emergentes que están siendo objeto de un tratamiento específico, como el turismo religioso o el turismo gastronómico.

(4) Sergio CASTEL GAYÁN, «Las Nuevas Tecnologías en la actividad de la Administración turística», en esta REVISTA, núm. 32 (2008), pp. 465-519.

de amplios espacios para desarrollar sus especificidades estratégicas. Esta política turística, además, se desarrolla en el marco de un ordenamiento jurídico propio, un derecho turístico aragonés que, aprobado en virtud del título competencial que reconoce el bloque de constitucionalidad, ha sido objeto de una importante evolución a lo largo de las tres últimas décadas.

II. EL DERECHO TURÍSTICO EN ARAGÓN: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

1. El turismo en el marco jurídico del Estatuto de Autonomía de Aragón

Como ya se ha señalado con anterioridad, la «*promoción y ordenación del turismo en el ámbito territorial de Aragón*» quedó configurada como una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto.

Posteriormente, mediante Real Decreto 2804/1983, de 1 de septiembre, se procedió al traspaso efectivo de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de turismo. En realidad se trataba de completar el traspaso de unas funciones y servicios en materia de turismo que, parcialmente, habían sido asumidas ya por el ente preautonómico aragonés a través del Real Decreto 298/1979, de 26 de enero.

Sea como fuere, la realidad es que a partir del día 1 de julio de 1983, fecha en la tuvieron efectividad los traspasos previstos en el Real Decreto 2804/1983, puede decirse que la Comunidad Autónoma de Aragón asumía las principales funciones en materia turística, a salvo de las reservadas a la Administración general del Estado merced a otros títulos competenciales horizontales, y siempre en este último caso de acuerdo con la delimitadora doctrina asentada por parte del Tribunal Constitucional.

El panorama normativo en materia turística con el que se encontraba la recién nacida Comunidad Autónoma no dejaba de presentar notables particularidades. El turismo se había convertido en uno de los principales motores del despegue de la economía española en los años sesenta, que trataba así de recuperarse del enorme retraso provocado por las consecuencias de la Guerra Civil y del posterior período de autarquía franquista.

Un hito principal en el reconocimiento político y administrativo de la importancia del turismo en ese papel de locomotora del desarrollo económico lo constituyó la Ley 48/1963, de 8 de julio, sobre competencia en materia turística, por la que se establece en su artículo 1 que *«corresponde al Ministerio de Información y Turismo la ordenación y vigilancia de toda clase de actividades turísticas, así como también el directo ejercicio de éstas en defecto o para estímulo y fomento de la iniciativa privada»*. La doctrina ha señalado que esta norma puede considerarse como el inicio del Derecho del Turismo español moderno. Como principal desarrollo de la misma, puede citarse el Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el Estatuto Ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas. Este Decreto ha permanecido vigente hasta su reciente derogación (5) y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Constitución española, tenía el carácter de derecho supletorio respecto de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas.

El Estatuto Ordenador poseía un carácter más casuístico que conceptual, como señala acertadamente HERRÁIZ SERRANO (6): *«En ningún momento encontramos en esta norma una definición general de lo que pueda reputarse empresa turística, sino la enumeración de unos ejemplos (...) que se completan con una cláusula residual»*. El texto normativo encomendaba al Ministerio de Información y Turismo un amplio conjunto de competencias, entre las que cabe citar la regulación y ordenación de las empresas turísticas; la autorización de la apertura y cierre de establecimientos; la inspección, vigilancia y sanción por infracción del Estatuto; o el fomento, protección y recompensa de las empresas y actividades turísticas.

Bajo el paraguas del Estatuto Ordenador fueron aprobadas distintas normas que regulaban sectores como los establecimientos de hostelería; los alojamientos turísticos no hoteleros; las disposiciones comunes a los alojamientos turísticos; las agencias de viajes; los restaurantes, cafeterías y asimilados; o los albergues y paradores de turismo.

(5) V. Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio.

(6) Olga HERRÁIZ SERRANO, «Apuntes descriptivos de los aspectos fundamentales de la legislación preconstitucional en materia turística», en el vol. col. dirigido por José TUDELA ARANDA, *Estudios sobre el régimen jurídico del turismo*, Diputación Provincial de Huesca, Huesca, 1997, pp. 58-60.

Durante una primera etapa, como ha indicado PELLEJERO MARTÍNEZ (7), «*las Comunidades Autónomas, con competencias exclusivas en materia de turismo, mantuvieron en líneas generales una orientación bastante continuista con relación a la que tradicionalmente había venido siguiendo aquella [la Administración central]*». Simplemente, procedió a atenuarse el carácter intervencionista de la Administración turística, fijando una plena libertad de precios, acorde con una economía social de mercado, y un menor detalle en la exigencia de requisitos técnicos de cumplimiento obligatorio por parte de los establecimientos turísticos.

Durante este período la Comunidad Autónoma de Aragón promulgó distintos reglamentos sobre materias como establecimientos hoteleros; precios, reservas y servicios complementarios en alojamientos turísticos; albergues y refugios; viviendas de turismo rural; agencias de viajes; bares, restaurantes y cafeterías (8).

Debe significarse también que nuestro país se incorporó el 1 de enero de 1986 a las Comunidades Europeas, mediante el correspondiente Tratado de Adhesión. Si bien es cierto que hasta el Tratado de Maastricht de 1992 no se mencionaba explícitamente la posibilidad de adoptar medidas en materia de turismo, la verdad es que la Comunidad Europea fue acordando distintas iniciativas de orientación que a su vez influían en la legislación adoptada por los países miembros (9).

(7) Carmelo, PELLEJERO MARTÍNEZ, «La política turística en España. Una perspectiva histórica», en el vol. col. dirigido por Joaquín AURIOLES MARTÍN, *Las nuevas formas del turismo (Colección Mediterráneo Económico número 5)*, Cajamar, Alicante, 2004.

(8) V. Decreto 153/1990, de 11 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento en el que se establecen las normas de construcción e instalación para la clasificación de los establecimientos hoteleros.

Decreto 193/1994, de 20 de septiembre, de la Diputación General de Aragón, sobre régimen de precios, reservas y servicios complementarios en establecimientos de alojamiento turístico.

Decreto 84/1995, de 25 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de Albergues y Refugios como alojamientos turísticos.

Decreto 69/1997, de 27 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento sobre ordenación y regulación de los alojamientos turísticos denominados Viviendas de Turismo Rural.

Decreto 51/1998, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Agencias de Viaje.

Decreto 81/1999, de 8 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen normas sobre ordenación de bares, restaurantes y cafeterías y establecimientos con música, espectáculo y baile.

(9) Jesús LACASA VIDAL, «La política turística de la Unión Europea», en José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado autonómico...*, ob. cit., pp. 63-106.

2) La Ley del Turismo de Aragón

A mediados de los años noventa se inició un proceso de aprobación de nuevas leyes sectoriales de turismo por parte de las Comunidades Autónomas, que concluyó bien avanzada la década siguiente. Entre 1993 y 2003 fueron aprobadas todas las leyes autonómicas de turismo, originando lo que TUDELA ARANDA (10) ha denominado un «cuerpo normativo compacto», quien ha llegado a afirmar que «se trata de una de las materias en las que es más homogeneizable la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas».

Esta legislación sectorial turística incorpora esos principios —calidad, desarrollo sostenible, ordenación territorial— que son propios del modelo turístico actual, superando el prisma exclusivo del desarrollismo económico. En el caso de la legislación aragonesa, cabe mencionar el artículo 4 de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón, donde se citan, entre otros principios de la política turística de la Comunidad Autónoma, la ordenación territorial y la protección del medio ambiente [letra c)], el desarrollo turístico sostenible [letra d)] o la calidad de la actividad turística [letras g) y i)].

Además de estos principios generales, la Ley del Turismo de Aragón aborda de manera ambiciosa la regulación de los siguientes ámbitos: competencias y organización administrativa (con la importante irrupción en esta materia de las administraciones comarcales); ordenación territorial de los recursos turísticos; derechos y deberes en relación con el turismo; empresas turísticas; promoción y fomento del turismo; y disciplina turística.

Como principales novedades de la Ley del Turismo de Aragón, pueden citarse las siguientes:

- Papel destacado de un nuevo actor institucional: las comarcas de Aragón. La creación y dotación de competencias de estos nuevos entes locales es, sin duda, uno de los hechos diferenciales de nuestra Comunidad Autónoma. Justamente en materia turística es donde la cesión de competencias autonómicas ha sido más importante.

(10) José TUDELA ARANDA, «La Ley del Turismo de Aragón en el marco de la renovación de la legislación turística», en José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado autonómico...*, ob. cit., p. 23.

- Importancia de la planificación y la ordenación territorial en materia turística. Se contempla la elaboración de unas directrices parciales sectoriales de ordenación de los recursos turísticos, respetando las prescripciones establecidas por las directrices generales de ordenación del territorio de Aragón.

- Se aborda la configuración de un verdadero régimen de derechos y deberes por parte de turistas y empresarios turísticos. Destaca como deber general que toda actividad turística tendrá, en todo caso, que salvaguardar el patrimonio natural y cultural y los demás recursos turísticos.

- Especial énfasis en materia de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas, de transportes y de la comunicación.

- Aparición de nuevas tipologías de empresas turísticas: alojamientos de turismo rural, turismo activo y complejos turísticos.

El hito más destacado en el desarrollo reglamentario de la Ley del Turismo de Aragón residió en la aprobación en 2004 del Reglamento de alojamientos turísticos al aire libre. Nadie puede ignorar que la sombra de la catástrofe de Biescas planeaba sobre los redactores del nuevo Decreto regulador de los campings en Aragón. Así, el nuevo texto normativo incide de manera principal sobre la seguridad, al tiempo que persigue elevar las cotas de calidad de los servicios prestados en dichos alojamientos. El Reglamento incluye minuciosos preceptos sobre prohibiciones y limitaciones de ubicación y zonas de riesgo; exige análisis y evaluación de riesgos del emplazamiento de los campings, así como la elaboración de un plan de autoprotección. El Anexo I contiene una detallada metodología para el análisis y evaluación de riesgos.

Junto a este Reglamento, en los últimos años se han aprobado normas relativas a la red de hospederías de Aragón, las declaraciones de interés turístico de Aragón o las acampadas, analizadas ya en su momento (11).

Por su parte, el Reglamento de Guías de Turismo, aprobado por Decreto 264/2007, de 23 de octubre, del Gobierno de Aragón, se ve directamente afectado por lo dispuesto en el Real Decreto 1837/2008,

(11) Jesús LACASA VIDAL, «Novedades en el desarrollo reglamentario de la Ley del Turismo de Aragón», en esta REVISTA, núm. 28 (2006), pp. 547-558.

de 8 de noviembre, norma de transposición de la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, por lo que deberá ser modificado en próximas fechas.

Finalmente, mediante Decreto 55/2008, de 1 de abril, del Gobierno de Aragón, se aprobó el Reglamento de las empresas de turismo activo, que en la misma línea de exigencia de seguridad establece fuertes requisitos en materia de seguros obligatorios; personal técnico, monitores, guías e instructores; equipos y material.

3. El impacto de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior

La reforma de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón, trae causa fundamentalmente de la entrada en vigor y la necesaria transposición al Derecho interno de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. Dicha Directiva se ocupa, entre otros asuntos, de garantizar la simplificación de procedimientos, la creación de una ventanilla única, la introducción de procedimientos por vía electrónica, la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, la libre circulación de servicios o la calidad de los servicios.

La tramitación del proyecto de reforma de la Ley del Turismo tampoco pudo desconocer lo dispuesto en otras normas integrantes del ordenamiento jurídico aragonés y, en particular, lo regulado en el Decreto Ley 1/2008, de 30 de octubre, del Gobierno de Aragón, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón. En efecto, el artículo 3 del Decreto Ley aborda la necesaria simplificación de trámites y el impulso a la actividad administrativa, cuando indica en su apartado 1 que *«las Administraciones públicas aragonesas deberán revisar los procedimientos administrativos de su competencia y proceder a su modificación para que se simplifiquen sus trámites, se reduzcan sus plazos de resolución y se minimicen los costes a las empresas y a los ciudadanos durante la gestión administrativa»*.

Asimismo, se aprovechó el trámite de reforma para incluir distintas medidas de mejora de técnica normativa o de simple actualización que no modificaron en ningún punto sustancial el contenido originario de la Ley.

Las principales novedades introducidas en la Ley de reforma son las siguientes:

A. Regímenes de autorización

a) Comunicación previa versus autorización previa

De acuerdo con lo dispuesto en la Directiva, el régimen de autorización administrativa previa al desarrollo de la actividad turística se convierte en excepción y la comunicación previa en norma.

Sólo deberán contar con autorización previa al inicio de la actividad la apertura de los complejos turísticos, la prestación de servicios de turismo activo y la apertura de alojamientos turísticos al aire libre ubicados en terrenos que se hallen en situación de suelo rural. Así, el régimen general es el de la comunicación previa, al que se someten el resto de empresas turísticas, de modo que el control por parte de la Administración en estos supuestos es *a posteriori*, a través de la comprobación documental, e *in situ*, pudiendo adoptarse distintas medidas de corrección. La inscripción en el Registro de Turismo de Aragón, por su parte, lo será a efectos meramente informativos.

b) Guías de turismo

Dada la nueva categorización de los guías de turismo como profesión regulada, y a la vista de lo dispuesto al respecto en las Directivas comunitarias de reconocimiento de cualificaciones profesionales y de servicios en el mercado interior, se efectúa una sucinta regulación legal y se remite a un posterior desarrollo reglamentario su concreción.

B) Eliminación del principio de unidad de explotación

De conformidad con el Dictamen Motivado de la Comisión de las Comunidades Europeas [C (2005) 2498], la regla o principio de unidad de explotación en establecimientos turísticos no es compatible con lo dispuesto en el artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por suponer una restricción prohibida a la libre prestación de servicios. Ello ha supuesto la modificación de los artículos correspondientes a la regulación de los apartamentos turísticos y los alojamientos turísticos al aire libre.

C) Simplificación administrativa

Tanto la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior como el Decreto Ley 1/2008, de 30 de octubre, obligan a verificar los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios (en este caso, turísticos) y a su ejercicio, procediendo a su simplificación.

Para dar cumplimiento a este mandato, en la norma de reforma se adoptaron las siguientes medidas:

a) Autorización turística previa de las empresas de turismo activo por parte del Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo

Dada la naturaleza de la actividad desarrollada por las empresas de turismo activo, frecuentemente realizada a lo largo de distintas Comarcas aragonesas de modo simultáneo, resultaba difícil mantener el régimen de autorización comarcal sin que ello ocasionase dificultades en la gestión administrativa y perjuicios en la fluidez de la debida protección de los derechos de los turistas, además de un innecesario incremento de las cargas administrativas de las empresas.

Por ello será el Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo quien se ocupe de otorgar las correspondientes autorizaciones turísticas previas, garantizando, eso sí, la evacuación de un informe preceptivo por parte de las Comarcas afectadas.

b) Eliminación de la comunicación obligatoria de precios

La comunicación obligatoria de precios era una carga administrativa innecesaria que soportaban las empresas y sobrecargaba el trabajo de los servicios administrativos, sin que redundase en una mayor protección de los derechos de los turistas. Así, lo esencial en esta materia es la adecuada publicidad de los precios, dado que éstos son libres, de manera que queden garantizados efectivamente los derechos de los turistas.

D) Ventanilla única

De acuerdo con lo exigido en este punto por la Directiva, se establece que el Departamento responsable de turismo dispondrá los medios necesarios para trasladar a soporte electrónico todos los procedimientos y trámites susceptibles de formalización ante el Registro de Turismo de Aragón, para su consiguiente integración en la ventanilla única del Gobierno de Aragón, de acuerdo con la normativa aplicable al acceso electrónico a los servicios públicos y al libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios.

E) Calidad de los servicios

a) Respuesta a reclamaciones de los turistas

El artículo 27 de la Directiva, que se ocupa de la resolución de litigios, pretende asegurar que los destinatarios de los servicios puedan dirigir a los prestadores de los mismos *«directamente las reclamaciones o las peticiones de información sobre el servicio prestado»*.

Por este motivo, se introduce un nuevo deber por parte de las empresas, relativo a dar respuesta a las eventuales reclamaciones en el plazo más breve posible y, en cualquier caso, antes de un mes desde la fecha en que hayan sido formuladas. Se incluye, así, un tipo de infracción leve consistente en el incumplimiento de las obligaciones de información y respuesta a las reclamaciones de los turistas y, en particular, la falta de hojas de reclamaciones o la negativa a entregarlas al turista.

b) Seguros obligatorios

El artículo 23.1 de la Directiva establece que *«los Estados miembros podrán hacer lo necesario para que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan una garantía o acuerdo similar que sea equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad»*.

A este respecto, además de una mejora en la redacción del artículo 28 de la Ley, se especifica la exigencia dirigida a las empresas titulares de los alojamientos turísticos al aire libre, centros de esquí y de montaña y

parques temáticos, así como las de turismo activo, de suscribir y mantener vigentes distintos tipos de seguros obligatorios. Sus coberturas mínimas serán establecidas reglamentariamente.

c) Fomento de la calidad

En coherencia con el artículo 26 de la Directiva, dedicado a la política de calidad de los servicios, a través de un nuevo artículo 67 bis, se incorporan nuevos instrumentos específicos de fomento de la calidad, como son:

- a) La creación de marcas o distintivos de calidad turística.
- b) La promoción de las actividades de evaluación o certificación de la calidad, realizadas por parte de entidades especializadas.
- c) El impulso a la elaboración de cartas de calidad o a la participación en cartas de calidad elaboradas por entidades especializadas.

d) Nueva correspondencia entre infracciones y sanción de multa.

La disciplina turística es un instrumento esencial para asegurar una adecuada política de calidad. En este sentido, se había venido observando un desajuste en la correspondencia entre la gravedad de las infracciones y las sanciones de multa previstas en la Ley, a la vista del Derecho comparado en esta materia.

Por ello se han incrementado las sanciones de multa correspondientes a las infracciones graves y muy graves, dentro de una escala intermedia en relación con las previsiones del resto de leyes reguladoras del turismo en el conjunto de Comunidades Autónomas.

e) Conciliación y subsanación

Como ya venía sucediendo en otras Comunidades Autónomas, se incorpora la posibilidad de que el presunto infractor pueda normalizar las irregularidades administrativas en que hubiere incurrido (subsanación) y reparar los perjuicios causados a los turistas (conciliación), en coherencia con lo previsto en el mencionado artículo 27 de la Directiva, sobre resolución de litigios.

Ello puede redundar en beneficio de los turistas, que obtendrán, en su caso, una reparación cuantificable de las reclamaciones por ellos interpuestas, lo que hasta la fecha sólo podía obtenerse por vía judicial y, en ocasiones, mediante procedimientos de arbitraje de consumo.

F) Mejora de técnica normativa o simple actualización

Entre otras medidas concretas de mejora de técnica normativa o de simple actualización, cabe citar las siguientes:

a) Supresión de la concreción de las categorías

La concreción de las categorías de los distintos tipos de establecimientos turísticos será establecida reglamentariamente, lo que dota de mayor flexibilidad a su determinación.

b) Número máximo de habitantes de los asentamientos tradicionales en los casos de viviendas de turismo rural y hoteles rurales

Serán establecidos reglamentariamente los límites en cuanto al número máximo de habitantes de derecho de los asentamientos tradicionales en que puedan instalarse viviendas de turismo rural y hoteles rurales, por una consideración similar a la descrita en el apartado anterior.

c) Infracción por práctica de la acampada libre

Se incorpora un nuevo tipo de infracción grave que consiste en «*la práctica de la acampada libre en el territorio de la Comunidad Autónoma*», lo que es coherente con lo que ya establecía la Disposición Final tercera, apartado 1, de la Ley.

d) Senderos turísticos

Se introduce una nueva redacción en esta materia, de manera que se encomienda su futura regulación conjunta a los Departamentos del Gobierno de Aragón responsables de turismo, medio ambiente, cultura,

ordenación del territorio, deporte y agricultura, dado el carácter interdepartamental de la misma.

e) Obras de renovación en edificios rurales antiguos

Se flexibiliza el régimen de autorización de obras de renovación en bordas, torres u otros edificios rurales antiguos ubicados en suelo no urbanizable genérico, previsto en el artículo 31.c), de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, pudiendo ahora implicar un cambio de uso respecto al original del edificio siempre que las construcciones se destinen a usos turísticos.

III. LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA

Hasta la aparición del Estado de las Autonomías, consagrado en la Constitución española de 1978, los dos actores institucionales en materia de turismo habían sido, por una parte y de forma principal, el Ministerio del ramo, y por otra, los municipios. Sin embargo, con la aprobación de los Estatutos de Autonomía, el centro de las decisiones políticas y administrativas bascula hacia unos nuevos protagonistas: las Comunidades Autónomas. Consecuente con la nueva realidad, la Ley del Turismo de Aragón establece en su artículo 7 un importante catálogo de competencias propias de la Administración de la Comunidad Autónoma.

1. La Administración Turística de la Comunidad Autónoma.

En la actualidad el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de turismo se ha encomendado al Departamento de Industria, Comercio y Turismo, de forma análoga a como se encuentran ubicadas en la Administración general del Estado dentro del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

La estructura orgánica del Departamento de Industria, Comercio y Turismo fue aprobada por Decreto 114/2008, de 10 de junio, del Gobierno de Aragón. Así, en su seno existen dos órganos directivos dedicados a la gestión en materia de turismo: la Viceconsejería de Turismo y la Dirección General de Turismo. Corresponde a la Viceconsejería de Turismo la facultad de dirección y coordinación en materia de turismo de la Dirección General

de Turismo y los Servicios Provinciales del Departamento, y aquellas otras que le sean encomendadas por el Consejero en dicha materia. Bajo la dirección inmediata del Viceconsejero de Turismo, el grueso de las tareas administrativas se concentra en la Dirección General de Turismo que, a su vez, se estructura en un Servicio de Ordenación y Regulación de las Actividades Turísticas; un Servicio de Gestión de Infraestructuras Turísticas; y un Servicio de Promoción, Planificación y Estudios Turísticos.

No obstante, como ha señalado MARTÍNEZ PALLARÉS (12), en los últimos años «*se ha producido una auténtica eclosión de sociedades mercantiles de capital íntegra o mayoritariamente público destinado al fomento y promoción del turismo*». En este sentido, la Comunidad Autónoma de Aragón no ha escapado a esta tendencia general, por lo que hemos asistido a una proliferación de empresas participadas cuyo objeto social hace referencia a alguno de los campos de actuación turísticos. De conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, cabe distinguir entre empresas de la Comunidad Autónoma, en cuyo capital social la misma tiene participación mayoritaria, de aquellas otras en las que meramente se ostenta una participación minoritaria.

Son empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón, relacionadas con la actividad de promoción y fomento del turismo, «Nieve de Aragón», constituida en 1986; la «Gestora Turística de San Juan de la Peña», creada por Decreto 141/1998, de 7 de julio, del Gobierno de Aragón; y la «Sociedad de Promoción y Gestión del Turismo Aragonés», creada por Decreto 199/2001, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón. Asimismo, existen en esta materia otras empresas de participación minoritaria de la Administración de la Comunidad Autónoma, como «Aramón, Montañas de Aragón», cuya creación fue autorizada mediante Decreto 291/2001, de 6 de noviembre, del Gobierno de Aragón; o «Reservas de Servicios del Turismo de Aragón», constituida en 2006.

(12) Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS, «La organización administrativa del turismo. La Administración turística de la Comunidad Autónoma», en José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado autonómico...*, ob. cit., p. 162.

2. Las entidades locales

Especial interés merece, en el caso de Aragón, señalar la reciente aparición de unas entidades locales que, por intermedio del Legislador autonómico, vienen a disponer de un amplio abanico de competencias en materia de turismo: las comarcas.

El proceso de comarcalización tenía su inicial punto de referencia en el artículo 5 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982, que se limitaba a contemplar que *«una ley de Cortes de Aragón podrá ordenar la constitución y regulación de las comarcas»*. El nuevo Estatuto de Autonomía de 2007 elimina ese carácter potestativo para declarar expresamente en ese mismo artículo 5 que *«Aragón estructura su organización territorial en municipios, comarcas y provincias»*.

Al amparo de esta previsión, el proceso dio realmente comienzo con la aprobación de la Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de Comarcalización de Aragón, seguida por las Leyes 8/1996, de 2 de diciembre, de Delimitación Comarcal de Aragón, y 23/2001, de 26 de diciembre, de Medidas de Comarcalización. Esta última Ley ya contemplaba en su artículo 12 todo un elenco de competencias que, en materia de promoción del turismo, correspondía ejercer a las comarcas. Sin embargo, fue el propio Legislador sectorial quien, a través del artículo 13 de la Ley del Turismo de Aragón, procedió a ampliar notablemente el campo de acción de estos nuevos entes locales.

A continuación se procedió a la transferencia de funciones y traspaso de servicios en materia de turismo por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón a las distintas comarcas, tal como se recoge en el apartado primero, letra F, del Anexo del Decreto 4/2005, de 11 de enero, del Gobierno de Aragón. El punto 7 del apartado señalado contempla distintas fórmulas de colaboración en materia de turismo entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las comarcas, de modo que los mecanismos de colaboración previstos son el intercambio de información interadministrativa; el asesoramiento y asistencia técnica del Departamento competente en turismo a la comarca que lo precise; un plan de formación para los profesionales de la comarca en esta materia; y la participación en el Consejo de Cooperación Comarcal.

En la actualidad, la legislación en materia de comarcalización se encuentra recogida en el Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre,

del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón, el cual en su artículo 23 aborda las materias referidas a la promoción del turismo.

Por último, las competencias que ostentan los municipios en materia de turismo, en virtud de lo previsto por el artículo 14 de la Ley del Turismo de Aragón, pueden considerarse de carácter menor, si son comparadas con aquellas de las que disponen la Administración de la Comunidad Autónoma y las comarcas. En concreto, tan sólo se citan las cuatro siguientes: protección y control de sus recursos turísticos; promoción de los recursos turísticos existentes en su término municipal; fomento de las actividades turísticas de interés municipal; y cualquier otra que pueda serle transferida, delegada o encomendada por la Administración competente.

3. El papel de la Administración General del Estado

A pesar de la atribución con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia turística, lo cierto es que, como ha señalado MARTÍNEZ PALLARÉS, existen títulos competenciales de carácter transversal que habilitan al Estado a dictar normas y realizar actuaciones con incidencia turística en todo el territorio nacional. Con todo, la doctrina constante del Tribunal Constitucional en esta materia es que el Estado, merced a esos títulos competenciales de carácter horizontal, en especial las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, puede incidir en la materia turística, pero la intensidad y alcance de su actuación están claramente limitados.

Particularmente controvertido ha sido el aspecto relativo a la política de ayudas y subvenciones dirigidas al sector turístico. Debe mencionarse aquí la reciente Sentencia 200/2009, de 28 de septiembre de 2009, del Tribunal Constitucional, sobre conflicto positivo de competencias interpuesto por la Junta de Galicia contra diversos preceptos del Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros.

En este caso concreto, se admite la posibilidad de que el Estado pueda destinar las ayudas reguladas en el Real Decreto a la modernización de destinos turísticos, si bien, al no tratarse el turismo de una competencia exclusiva estatal, el alcance de esta actividad genérica de fomento debe delimitarse con precisión a fin de evitar la invasión del ámbito competencial

de las Comunidades Autónomas. Esta delimitación ha de llevarse a cabo atendiendo a la doctrina del Alto Tribunal en relación con la actividad estatal de subvenciones y ayudas públicas. Así pues, al Estado le corresponderá la especificación del destino de la subvención de que se trate y la regulación de sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, pero siempre que deje espacio a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de la subvención y para desarrollar las condiciones de otorgamiento y tramitación.

En otras materias, como la promoción exterior del turismo, la planificación estratégica de largo alcance y cobertura nacional, o la representación de intereses en el seno de la Unión Europea, no parece haber existido ese mismo grado de conflictividad, sino más bien una actitud de sana cooperación entre Comunidades Autónomas y Administración general del Estado.

IV. LA ORDENACIÓN TERRITORIAL DE LOS RECURSOS TURÍSTICOS

La Ley aragonesa se encuentra imbuida de un claro espíritu: el desarrollo sostenible del turismo. Así lo proclama expresamente en su artículo 4.d), al señalar que constituye un principio de la política turística de la Comunidad Autónoma «*proteger el patrimonio natural y cultural y los demás recursos turísticos de la Comunidad Autónoma, conforme al principio del desarrollo turístico sostenible*».

Conviene tener presente que el principio de desarrollo turístico sostenible, al igual que aquellos otros reconocidos en este precepto, se convierte en inspirador del modelo turístico que el legislador aragonés pretende implantar, y por tanto, a su cumplimiento ha de dirigirse toda la ordenación jurídica del sector y la intervención administrativa. De esta manera, se puede proclamar el «efecto expansivo» de este principio, que impregna toda interpretación que sobre el texto legal se pretenda realizar.

Una muestra clara de esta apuesta es el propio artículo 16, encargado de fijar los principios y objetivos específicos de la ordenación territorial de los recursos turísticos. Este precepto dirige un mandato a las Administraciones públicas con competencias sobre turismo —a todas ellas— para

estimular la mejora de la calidad y la competitividad de la oferta turística, respetando en su desarrollo el patrimonio cultural y natural, y promoviendo el reequilibrio territorial para la consecución de un desarrollo turístico sostenible.

Para el cumplimiento de estos objetivos, la Ley de Turismo de Aragón contempla en el Título II («ordenación territorial de los recursos turísticos») dos grandes herramientas. Por un lado, y con la finalidad de alcanzar una ordenación integral, las Directrices parciales sectoriales de ordenación de los recursos turísticos, que deberán observar la legislación de ordenación territorial y respetar las prescripciones establecidas por las Directrices generales de ordenación del territorio de Aragón, si bien podrán exigir la adecuación del planeamiento urbanístico a sus prescripciones. Por tanto, las previsiones recogidas en la Ley aragonesa se encuentran en plena coherencia con la legislación de ordenación del territorio, si bien habrá que estar a los cambios conceptuales y terminológicos introducidos por la nueva Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón.

Se convierten estas Directrices en el instrumento de ordenación turística por excelencia, debiendo configurarse como auténtico eje informador de la política que se pretende implantar en el territorio aragonés. Esta afirmación encuentra respaldo en las prescripciones que deben contener las Directrices, como son la definición del modelo de desarrollo turístico de la Comunidad Autónoma; la determinación de las necesidades, objetivos, prioridades y programas de actuación; los modos óptimos de aprovechamiento y protección de los recursos turísticos, con especial atención a los aspectos de preservación y restauración de los valores ambientales y culturales; la adecuación del planeamiento urbanístico, en su caso, a las propias Directrices; y las previsiones relativas a cualquier otro aspecto condicionante del desarrollo de las actividades turísticas.

Junto a este mecanismo de planificación sectorial, la Ley aragonesa prevé un segundo instrumento, de carácter limitativo, para alcanzar una ordenación territorial coherente y sostenible: la Declaración de Zonas Turísticas Saturadas. Ahora bien, pese a ese carácter limitativo, esta figura se justifica frente a las exigencias de la Directiva 123/2006 en que su posible activación responde a circunstancias relacionadas con la capacidad de acogida del territorio y del entorno ambiental, y responde a los parámetros de excepcionalidad exigidos por la normativa comunitaria.

Por este motivo, el artículo 19 proclama el carácter excepcional de la declaración, que junto a la intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, se convierten en las grandes novedades que en torno a esta figura introduce la reciente reforma. Así, mientras la redacción anterior indicaba la posibilidad ordinaria de acordar la declaración, el texto vigente resalta que el Gobierno de Aragón, *«de modo excepcional y a propuesta de los Departamentos responsables de turismo, de ordenación del territorio y de medio ambiente previo dictamen del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón, del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón y de las entidades locales afectadas, podrá acordar por Decreto la declaración de Zona Turística Saturada»*.

Bajo la consideración de su excepcionalidad, la declaración de zona turística saturada, que puede afectar a uno o varios municipios o comarcas, exige la concurrencia de alguna de las dos circunstancias previstas en la Ley. La primera de ellas, de carácter cuantitativo, se refiere a la situación en que se encuentra un territorio que haya sobrepasado *«la capacidad de acogida que reglamentariamente se determine, teniendo en cuenta el número de plazas turísticas por habitante o la densidad de población»*. La segunda, de carácter cualitativo, hace referencia a una demanda turística que crea *«situaciones incompatibles con la legislación ambiental»*.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la declaración, radica aquí otra de las novedades de la reciente reforma. Mantiene la postura cauta que mostraba en la anterior redacción (13), remitiendo a la propia declaración acordada por el Gobierno de Aragón la concreción de las limitaciones de nuevas actividades turísticas. Ahora bien, la novedad radica en que esa remisión ya no es absoluta, en cuanto el legislador habilita a la norma reglamentaria para concretar los efectos generales de la declaración de zona turística saturada.

Finalmente, la Ley de Turismo de Aragón prevé otra herramienta que, si bien se encuentra regulada en el Título I («competencias y organización administrativa») y es considerada en última instancia como medida de fomento, constituye un importante instrumento para la ordenación territorial de los recursos turísticos: el Municipio Turístico. Esta declaración se vincula a tres requisitos o circunstancias de carácter cuantitativo, como son la

(13) Olga HERRAIZ SERRANO, «La ordenación territorial del turismo. La planificación turística», en José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado autonómico...*, ob. cit., p. 339.

relación entre población de hecho y población de derechos en temporadas turísticas; entre censo de viviendas y viviendas habitadas; y entre plazas turísticas hoteleras o extrahoteleras y población de derecho. La declaración exige, no obstante, tomar en consideración otros factores, esta vez, de carácter cualitativo, como la existencia de planeamiento urbanístico, zonas verdes y espacios libres, esfuerzo presupuestario, protección y recuperación del medio natural, o la relevancia de los recursos turísticos existentes. La declaración de municipio turístico conlleva la incorporación de criterios de calidad a la gestión de las empresas y los servicios turísticos del territorio, y el acceso preferente a las medidas de fomento previstas en los planes y programas autonómicos. Además, como efecto de carácter organizativo —complementario a la organización básica del Ayuntamiento— se prevé la existencia potestativa de un Consejo Sectorial de Turismo en el que participan las organizaciones empresariales y sociales representativas del sector turístico en el ámbito del término municipal.

V. EL ESTATUTO DEL TURISTA Y DEL EMPRESARIO TURÍSTICO

1. Derechos y deberes del turista y del empresario turístico

La legislación turística autonómica —por ende, también la normativa aragonesa— ordena un auténtico estatuto del turista y del empresario turístico, reconociendo un conjunto de derechos y deberes que informan en gran medida las relaciones contractuales. Esta ordenación jurídico-administrativa no pretende interferir en la libre relación de los sujetos turísticos —regulada en gran parte por el Derecho privado—, sino fijar un contenido mínimo con el objetivo de garantizar unos adecuados niveles de calidad y seguridad en el desarrollo de la actividad, en la medida en que estos conceptos sí afectan al interés público del sector turístico.

En esta línea, el estatuto del turista y del empresario turístico recogido en la Ley aragonesa se abre con el deber general de proteger los recursos turísticos, manifestación propia de un desarrollo turístico sostenible (14), y que exige dos reflexiones en cuanto a la finalidad de su contenido. Por un lado, este deber general de salvaguarda se configura como auténtico pórtico que informa todo el listado de derechos y deberes de los dos sujetos

(14) El artículo 20 de la Ley de Turismo de Aragón ordena que «*toda actividad turística deberá, en todo caso, salvaguardar el patrimonio natural y cultural y los demás recursos turísticos*».

turísticos. La propia literalidad de este precepto permite concluir que se trata de un mandato dirigido a «*toda actividad turística*», es decir, tanto la desarrollada por el empresario turístico en la prestación de los servicios, como la del turista en el disfrute de los diferentes recursos turísticos. Por otro lado, cabe resaltar su carácter bifronte, de modo que su espíritu está integrado no sólo por el deber de protección y respeto, sino también por el derecho a disfrutar de unos recursos turísticos adecuados, imprescindible tanto para el pleno ejercicio de la actividad empresarial como para el disfrute del servicio turístico en adecuadas condiciones de calidad.

La Ley aragonesa, siguiendo la tónica general de la legislación autonómica, recoge en su Título III un listado de derechos y deberes en relación con el turismo, dedicando su Capítulo II a los turistas y el Capítulo III a los empresarios turísticos. Esta técnica normativa permite contraponer los derechos de los turistas con los deberes de los empresarios y, por otra, relacionar los deberes de los turistas con los derechos de los empresarios turísticos. En este sentido, no hay que olvidar que los derechos y deberes del turista son la cara y la cruz de los derechos y deberes de las empresas turísticas (15).

El artículo 21, bajo la consideración del turista como consumidor cualificado, diferencia dos tipos de derechos: derechos específicos como turistas (16), y derechos generales como consumidor (17). Idéntico sistema de listado sigue la Ley aragonesa para ordenar sus deberes, entre los que se recogen la observancia de las normas de convivencia social e higiene, el respeto a las reglas de régimen interior de los establecimientos, el pago de los servicios recibidos, y el respeto del patrimonio natural y cultural (18).

(15) Martín M^º RAZQUIN LIZARRAGA, «Los conceptos subjetivos del derecho del turismo (II). El estatuto del turista como consumidor y usuario», en José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado Autonómico...*, ob. cit., p. 296.

(16) Según el artículo 21, «*son derechos de los turistas los siguientes: a) Obtener información previa, veraz, completa y objetiva sobre los bienes y servicios que se les oferten y el precio de los mismos; b) Acceder a los establecimientos turísticos en su condición de establecimientos públicos; c) Recibir los servicios turísticos en las condiciones ofertadas o pactadas, debiendo corresponderse los servicios con la categoría del establecimiento; d) Recibir un trato correcto por parte del personal de los establecimientos turísticos; e) Obtener cuantos documentos acrediten los términos de la contratación de servicios y, en cualquier caso, las facturas o justificantes de pago; f) Obtener un servicio adecuado en cuanto a la seguridad de las personas y las cosas; g) Formular quejas y reclamaciones*».

(17) Así, el artículo 21.h hace referencia a «*los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico en relación con la protección de los consumidores y usuarios*».

(18) En este sentido, conviene recordar que la Ley aragonesa reconoce como uno de sus objetivos «*garantizar el ejercicio por los turistas de sus derechos, así como el cumplimiento de sus deberes*» (artículo 4.h).

No existe, sin embargo, un correlato en el régimen de sanciones, excepto en el ámbito de la acampada al aire libre.

Mención especial merece el listado de derechos y deberes del empresario turístico, objeto de una intensa renovación por la reciente reforma legislativa que ha adecuado este régimen a la normativa comunitaria (19). Este estatuto informa su organización y funcionamiento, matizando así el principio de libertad de empresa en aras a garantizar una prestación turística basada de los criterios de calidad y competitividad.

En cuanto a los derechos (artículo 23), a efectos de un estudio sistemático, pueden clasificarse en torno a dos grandes grupos. Por un lado, aquellos que permiten obtener determinadas ventajas de la Administración —fundamentalmente, de promoción y fomento— para el desarrollo de la actividad empresarial, como el derecho a que se incluya información sobre sus establecimientos y su oferta de actividades en los catálogos, directorios y guías, cualquiera que sea su soporte, de las Administraciones públicas; incorporarse a las actividades de promoción turística que realicen las Administraciones públicas, en las condiciones fijadas por éstas; y solicitar las ayudas, subvenciones e incentivos para el desarrollo del sector promovidos por las Administraciones públicas.

Por otro lado, derechos que permiten participar en la definición e implementación de la política turística autonómica, como el derecho a participar, a través de sus asociaciones, en el proceso de adopción de decisiones públicas en relación con el turismo y en los órganos colegiados representativos de intereses previstos en esta Ley; impulsar, a través de sus asociaciones, el desarrollo y ejecución de programas de cooperación pública, privada y social de interés general para el sector; proponer, a través de sus asociaciones, la realización de estudios, investigaciones y publicaciones que contribuyan a la mejora del desarrollo de la empresa turística en la Comunidad Autónoma; y proponer, a través de sus asociaciones, cualquier otra acción no contemplada anteriormente que pueda contribuir al fomento y desarrollo turístico.

(19) Junto al catálogo recogido en la Ley de Turismo, conviene tener presente también aquellas obligaciones que aparecen dispersas en otras normas —legales o reglamentarias—, así como las que surgen del capítulo relativo a los derechos del turista, que se configuran como auténticos deberes de la empresa turística. Tampoco hay que olvidar aquellas otras obligaciones específicas que para cada prestador de servicios turísticos prevé su norma de desarrollo, deberes específicos que son impuestos en orden a garantizar unos requisitos mínimos de prestación. Por tanto, el estatuto jurídico de la empresa turística debe ser interpretado y analizado a la luz de esta diversidad normativa.

En cuanto a los deberes del empresario turístico, algunos permanecen inalterados tras la reforma legislativa (20), otros, sin embargo, han sido objeto de una modificación sustancial. En este sentido, la empresa turística debe formalizar la comunicación previa ante el órgano competente o, en su caso, contar con las autorizaciones exigibles (21); informar con la debida antelación, objetividad, veracidad y accesibilidad a los turistas sobre el precio y demás extremos relativos a los servicios ofertados, conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable al libre acceso y prestación de los servicios y los reglamentos de desarrollo de esta Ley; exhibir los precios de los servicios ofertados en lugar visible y de modo legible, junto con el distintivo correspondiente a la clasificación del establecimiento (22); y dar respuesta a las eventuales reclamaciones, asegurando así que los usuarios turísticos puedan dirigir a los prestadores directamente las reclamaciones o las peticiones de información sobre el servicio prestado (23).

(20) En este sentido, se siguen reconociendo los siguientes deberes: «b) Prestar los servicios a los que estén obligados en función de la clasificación de sus empresas y establecimientos turísticos, en las condiciones ofertadas o pactadas con el turista, de acuerdo con esta Ley y los reglamentos dictados en su desarrollo; c) Cuidar del buen estado general de las dependencias y del mantenimiento de las instalaciones y servicios del establecimiento, así como garantizar un trato correcto a los clientes; g) Facturar detalladamente los servicios de acuerdo con los precios ofertados o pactados; h) Disponer de los libros y demás documentación que sean exigidos por la legislación vigente; i) Facilitar, en los términos establecidos por el ordenamiento jurídico, la accesibilidad a los establecimientos de las personas discapacitadas; j) Proporcionar a las Administraciones públicas la información y la documentación necesarias para el ejercicio de sus atribuciones legalmente reconocidas; k) Suscribir los seguros obligatorios con las coberturas mínimas exigidas por los reglamentos de desarrollo de esta Ley, y estar al corriente del pago de las primas correspondientes» (artículo 24).

(21) Artículo 24.a: «Formalizar la comunicación previa ante el órgano competente o, en su caso, contar con las autorizaciones exigibles conforme a lo dispuesto en esta Ley así como comunicar cualquier modificación o reforma sustancial que afecte a las condiciones en las que se inscribió la empresa o establecimiento en el Registro de Turismo de Aragón y que determinaron su clasificación inicial». Este precepto es consecuencia directa de la modificación del régimen de autorización, que es sustituido en gran medida por el régimen de comunicación previa.

(22) Artículo 24.e: «Exhibir los precios de los servicios ofertados en lugar visible y de modo legible, junto con el distintivo correspondiente a la clasificación del establecimiento». Por tanto, como se ha visto anteriormente, ya no es obligación comunicar al órgano competente, antes de su aplicación, los precios de los servicios ofertados.

(23) Artículo 24.f: «Disponer los medios para que los turistas puedan dirigir sus reclamaciones o peticiones de información sobre el servicio prestado conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable al libre acceso y prestación de los servicios, poniendo a disposición de aquéllos hojas de reclamaciones y entregándolas cuando así lo soliciten; y dar respuesta a las eventuales reclamaciones en el plazo más breve posible y en cualquier caso antes de un mes desde la fecha en que hayan sido formuladas».

2. El estatuto de la empresa turística

El estatuto de la empresa turística es objeto de una generosa regulación en un Título específico dedicado a ordenar el régimen de su organización y funcionamiento (Título IV «las empresas turísticas»). Su estatuto está informado inicialmente por el principio constitucional de libertad de empresa, si bien este marco general encuentra diversas restricciones dirigidas a proteger otros intereses públicos o privados (24).

Tradicionalmente, las modulaciones al principio de libertad de empresa turística han consistido en la necesidad de obtener la oportuna autorización administrativa y posterior inscripción en el Registro turístico, como requisitos preceptivos para la puesta en marcha de un establecimiento o prestación turística. Sin embargo, como se ha adelantado, este régimen ha sido objeto de una intensa revisión en la reforma de la Ley 6/2003, de 27 de febrero.

Tal y como establece el artículo 26.1, sólo deberán contar con autorización previa la apertura de los complejos turísticos, la prestación de servicios de turismo activo, y la apertura de alojamientos turísticos al aire libre ubicados en terrenos que se encuentren en situación de suelo rural. Las razones de esta excepcionalidad se basan, para todos ellos, en un interés general referente a razones de seguridad pública, protección civil, salud pública, protección del medio ambiente y conservación del patrimonio cultural, y en los complejos turísticos, además, en la necesidad de mantener el territorio aragonés como destino turístico integral. Cerrando el régimen vigente, la Ley incorpora el criterio de plena validez de las autorizaciones otorgadas por otras Comunidades Autónomas o por las autoridades competentes de cualquier Estado miembro de la Unión Europea para la prestación de servicios de turismo activo, de modo que únicamente deben efectuar la comunicación previa.

La comunicación previa al inicio de la actividad es hoy, por tanto, el régimen general al que se someten la mayoría de empresas turísticas, que debe ir acompañada de cuantos documentos acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable. En concreto, una

(24) Todas las Leyes autonómicas reconocen expresamente este principio, y en esta línea la Ley aragonesa proclama que «el ejercicio de la actividad turística empresarial es libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, bajo la forma de empresario individual o colectivo, de acuerdo con la legislación civil y mercantil» (artículo 25).

vez formalizada la comunicación previa y en un plazo no superior a tres meses, tras las oportunas comprobaciones, el órgano competente puede «inscribir el acto o hecho comunicado en el Registro de Turismo de Aragón a efectos meramente informativos», «clausurar el establecimiento o prohibir el ejercicio de la actividad en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa aplicable, sin que por ello se derive derecho alguno a indemnización», o bien «establecer motivadamente las condiciones en que pudiera ser ejercida la actividad o tener lugar la apertura y clasificación del establecimiento, y su correspondiente inscripción» (artículo 26 bis.3) (25).

Mención especial merecen dos novedades introducidas en la reciente reforma legal, que son consecuencia directa del nuevo régimen de comunicación previa. Por un lado, y ante la ausencia de un control preceptivo, directo y previo por parte de la Administración turística, se prevé un importante instrumento de colaboración público-privada. Así, las empresas turísticas que proyecten la construcción o modificación de un establecimiento turístico, antes de iniciar cualquier tipo de obra, pueden solicitar de la Administración turística competente un informe relativo al cumplimiento de los requisitos mínimos de infraestructuras y servicios y de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras en los términos previstos en la legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre la materia, así como respecto de la clasificación que, en su caso, pudiera corresponder a dicho establecimiento. Por otro lado, la coexistencia de un régimen de comunicación con otro de autorización previa supone una alteración sustancial en la naturaleza del Registro de Turismo de Aragón, de modo que la inscripción en el Registro pasa a tener efectos meramente informativos —excepto para aquellas actividades y prestaciones turísticas que mantienen la exigencia de la autorización administrativa—.

Otra novedad en el estatuto de la empresa turística introducida por la reforma de 2010 afecta al régimen de comunicación obligatoria de precios. Como se ha visto, se elimina esta obligación, reconociendo que «los precios de los servicios turísticos son libres», y «deberán ser comunicados

(25) Según el artículo 26 bis: «Corresponde a las Comarcas recibir la comunicación previa de la apertura de establecimientos extrahoteleros distintos de los apartamentos turísticos, así como de empresas de restauración», y «al Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo recibir la comunicación previa referida a empresas de intermediación turística, establecimientos hoteleros y apartamentos turísticos, así como al ejercicio de la profesión de guía de turismo».

o exhibidos al público en lugar visible y de modo legible en el propio establecimiento y en su publicidad (...)» (artículo 31).

La reciente reforma mantiene, sin embargo, otros requisitos que tradicionalmente han condicionado la prestación de servicios turísticos y que, por resultar no discriminatorios, objetivos, proporcionados y accesibles, siguen rigiendo el estatuto de la empresa turística para garantizar el principio de calidad.

En este sentido, conviene recordar que uno de los elementos del concepto de calidad en el sector turístico es la seguridad del turista. Con este fin, los empresarios turísticos deben suscribir y mantener vigentes los seguros obligatorios, cuyas coberturas mínimas, que deben ser en todo caso suficientes para responder de las obligaciones contractuales o extracontractuales derivadas de la prestación de los servicios frente a turistas y terceros, son establecidas por vía legal y reglamentaria para cada modalidad o servicio turístico. Así, aquellos empresarios turísticos establecidos en otras Comunidades Autónomas o en otros Estados miembros de la Unión Europea que cuentan con seguros de coberturas inferiores, deben mejorar sus pólizas hasta alcanzar las coberturas mínimas (artículo 28.3).

Los establecimientos, por su parte, deberán reunir una serie de requisitos que garanticen la adecuación de su infraestructura a un servicio competitivo, acorde a su actividad y categoría. Los establecimientos turísticos, para su clasificación en un tipo, grupo, modalidad y categoría, están sujetos al cumplimiento de los requisitos mínimos de infraestructura, seguridad y calidad que se determinen reglamentariamente desde el punto de vista turístico, además de cumplir las normas sobre accesibilidad de personas discapacitadas. En esta línea, el órgano competente para la autorización o recepción de la comunicación previa puede requerir a los titulares de los establecimientos turísticos la ejecución de las obras de conservación y mejora de las instalaciones que resulten necesarias para el mantenimiento del nivel de calidad que motivó la clasificación del establecimiento en la categoría originaria.

El estatuto de la empresa turística se cierra con la clasificación de su tipología, clasificación legal que trata de responder a la realidad turística aragonesa. Así, junto a las tradicionales empresas de alojamiento turístico, restauración o intermediación, el legislador ha reconocido dos tipos que responden perfectamente a las especificidades y riquezas turísticas de Aragón, como son las empresas de turismo activo y los denominados complejos

turísticos, entre los que se encuentran actividades tan propias de la Comunidad como las estaciones de esquí y montaña, los pueblos recuperados —muy ligado al turismo rural—, y los balnearios. En cualquier caso, esta clasificación no puede configurarse como un listado cerrado y estático, al revés, en su seno deben encuadrarse los nuevos tipos que la diversificación y el dinamismo del sector van introduciendo paulatinamente.

La Ley aragonesa recoge cinco clases de empresas turísticas (26). En primer lugar, las empresas de alojamiento turístico (27), que puede prestarse bajo dos modalidades, hotelera (hoteles, hoteles-apartamento, hostales y pensiones) y extrahotelera (apartamentos turísticos, alojamientos turísticos al aire libre, albergues turísticos, viviendas de turismo rural y cualesquiera otros que se determinen reglamentariamente). Un segundo tipo de empresas turísticas son las denominadas empresas de intermediación (28), que pueden adoptar la modalidad de agencia de viaje, centrales de reserva o cualesquiera otras que se determinen reglamentariamente. Quizás la tipología más diversa y compleja según su reconocimiento legal son los complejos turísticos, que engloba a las ciudades de vacaciones, los pueblos recuperados, los balnearios, los centros de esquí y montaña,

(26) El régimen jurídico de las diversas empresas turísticas también ha sido objeto de importantes reformas. En concreto, como se ha adelantado, una de las líneas comunes para todas las empresas es la supresión de las categorías en la propia Ley, remitiendo a la vía reglamentaria su fijación. Asimismo, resalta la nueva regulación relativa a los seguros obligatorios de las empresas de alojamiento turístico al aire libre, centros de esquí y de montaña y parques temáticos, así como las empresas de turismo activo; la introducción de nuevas instalaciones en los alojamientos turísticos al aire libre; la remisión a la norma reglamentaria para determinar el número de habitantes de los núcleos en los que se ubican los alojamientos de turismo rural; o la supeditación del respeto al entorno socioeconómico, urbanístico y ambiental de los proyectos de parques temáticos.

(27) Se entiende por empresa de alojamiento turístico aquellas «que se dedican, de manera profesional y habitual, a proporcionar hospedaje o residencia, mediante precio, a las personas que lo demanden, con o sin prestación de otros servicios complementarios» (artículo 33). Con la finalidad de reducir los supuestos de intrusismo y competencia desleal en el subsector hotelero, la Ley recoge dos previsiones que tratan de delimitar las actividades de alojamiento. Por un lado, se presume que existe habitualidad cuando se haga publicidad por cualquier medio o cuando se facilite alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año, por tiempo que en su conjunto exceda de un mes. Por otro, las empresas de alojamiento turístico, en caso de prestar servicio de comedor, salvo desayunos, a personas no alojadas en las mismas, deberán ajustar sus instalaciones a la categoría que les corresponda de acuerdo con la reglamentación aplicable a las empresas de restauración.

(28) Son empresas de intermediación «aquellas que, reuniendo los requisitos que se determinen reglamentariamente, se dedican, profesional y habitualmente, a desarrollar actividades de mediación y organización de servicios turísticos. La intermediación turística adopta la modalidad de agencias de viaje, centrales de reserva o cualesquiera otras que se determinen reglamentariamente» (artículo 44).

y los parques temáticos (29). El cuarto tipo es la empresa de restauración (30), categoría en la que se integran los restaurantes, las cafeterías y los bares. En cuanto a las empresas de turismo activo, la legislación recoge un concepto basado en los criterios de actividad —actividades turísticas de recreo, deportivas y de aventura, que implican un factor de riesgo o destreza para su práctica—, tipo de recurso —se sirve de los recursos que ofrece la propia naturaleza—, y lugar —en el medio en que se desarrollan esos recursos—, criterios que determinan un régimen jurídico informado por los principios de seguridad y sostenibilidad (31). Finalmente, el artículo 32 cierra el listado de empresas turísticas con una

(29) La Ley aragonesa no recoge un concepto expreso y unitario de «complejo turístico». Sí define, sin embargo, cada una de sus categorías. Así, se entiende por ciudades de vacaciones «el complejo turístico que, además de prestar el servicio de alojamiento en una o varias de sus modalidades, responde a un proyecto unitario de planificación, gestión y explotación empresarial y se ubica en áreas geográficas homogéneas, cumpliendo los requisitos establecidos reglamentariamente» (artículo 48). Por su parte, entiende por pueblo recuperado «con fines turísticos el núcleo deshabitado que se rehabilita y acondiciona para prestar una oferta turística de alojamiento en una o varias de sus modalidades, y que responde a un proyecto unitario de planificación, gestión y explotación empresarial, cumpliendo los requisitos establecidos reglamentariamente» (artículo 49). Los balnearios son «aquellos complejos turísticos que, contando con instalaciones de alojamiento hotelero y con un manantial de aguas minero-medicinales declaradas de utilidad pública, utilizan estos y otros medios físicos naturales con fines terapéuticos de reposo o similares» (artículo 50). Son centros de esquí y montaña «los complejos turísticos dedicados a la práctica de deportes de nieve y montaña que formen un conjunto coordinado de medios de remonte mecánico, pistas e instalaciones complementarias de uso público», que según la nueva redacción, deben ser autorizados y ordenados «mediante planes o proyectos de interés general de Aragón», pudiendo ser «de iniciativa y gestión pública o privada» (artículo 51). Finalmente, recoge los parques temáticos como «complejos turísticos caracterizados por áreas de gran extensión en las que se ubican de forma integrada actividades y atracciones de carácter recreativo o cultural y usos complementarios deportivos, comerciales, hoteleros o residenciales, con sus servicios correspondientes» (artículo 52).

(30) Las empresas de restauración son definidas como «aquellos establecimientos que, reuniendo los requisitos que se determinen reglamentariamente, se dedican de forma habitual y profesional, mediante precio, a servir al público comidas y bebidas relacionadas en sus cartas para ser consumidas en los mismos. En concreto, dentro de las empresas de restauración se integran» (artículo 53).

(31) Se consideran empresas de turismo activo «aquellas dedicadas a proporcionar, de forma habitual y profesional, mediante precio, actividades turísticas de recreo, deportivas y de aventura que se practican sirviéndose básicamente de los recursos que ofrece la propia naturaleza en el medio en que se desarrollan, sea éste aéreo, terrestre de superficie, subterráneo o acuático, y a las que es inherente el factor riesgo o cierto grado de destreza para su práctica» (artículo 55). Así, la seguridad y sostenibilidad inspira su regulación legal, y en concreto, el artículo 56 obliga a estas empresas a «cumplir los requisitos que se establezcan reglamentariamente en cuanto a seguridad, información, prevención, instructores, monitores o guías acompañantes», exigiéndose informes y autorizaciones específicas, así como la suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil y otro de asistencia o accidentes.

cláusula general, al incluir a «*cualesquiera otras que presten servicios turísticos y que se clasifiquen reglamentariamente como tales*», cláusula que pretende responder al carácter diversificado y dinámico de los recursos y actividades turísticas. El surgimiento de nuevos valores y de nuevas demandas impide establecer una lista cerrada de prestadores turísticos, de modo que la evolución natural del sector va abriendo nuevos tipos de empresas turísticas que deben encontrar un amparo legal.

Por otra parte, la Ley regula la profesión turística dentro del Título dedicado a las empresas turísticas, como aquellas «*relativas a la prestación, de forma habitual y retribuida, de servicios específicos de la actividad turística de las empresas de esta naturaleza, así como las actividades turístico-informativas*» (artículo 57). La razón de su ordenación legal estriba en la importante labor desarrollada por estos profesionales turísticos, que van a prestar los servicios demandados por los turistas. En concreto, la legislación turística se ocupa de ordenar su capacitación y formación con el objetivo de propiciar un sector fuertemente profesionalizado (32).

Entre las diversas profesiones turísticas, mención especial merece la prestación de los servicios de asistencia, acompañamiento e información a los turistas desarrollada por los guías de turismo. Radica aquí una de las novedades más importantes de la reforma de 2010. El régimen jurídico de los guías de turismo es objeto de revisión para su adaptación a las normas de Derecho comunitario, en concreto, por la categorización de los guías como profesión regulada en virtud de lo dispuesto en las Directivas comunitarias de reconocimiento de cualificaciones profesionales y de servicios en el mercado interior. Las previsiones contenidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior —incorporadas al ordenamiento interno español por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— han motivado la modificación de determinados aspectos de la regulación de los guías de turismo a fin de simplificar y racionalizar el acceso de la actividad turístico-informativa. Asimismo, las actividades de los guías se hallan estre-

(32) El modelo turístico actual exige la profesionalización del sector, disponer de un personal formado, especializado y capaz de responder a los distintos retos que plantea la actividad turística. La importancia de esta profesionalización conlleva, por tanto, que la formación y capacitación de los profesionales turísticos deba ser considerada como eje informador de la política turística, resaltando su carácter instrumental para lograr una calidad global del destino turístico.

chamente sometidas a la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales —así como a las previsiones del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorpora esta Directiva al ordenamiento interno español—, disposiciones que reconocen el perfil profesional de los guías de turismo. Partiendo de este nuevo marco, la Ley aragonesa efectúa una remisión normativa al reglamento para la ordenación jurídico-administrativa de los guías de turismo, expresando que esta regulación reglamentaria debe ser conforme a la normativa relativa al libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios y de reconocimiento de cualificaciones profesionales (33).

Establecido por Ley el estatuto jurídico común y mínimo de la empresa turística, son las disposiciones reglamentarias las que desarrollan y concretan su contenido mediante el reconocimiento de derechos y deberes específicos. Este desarrollo reglamentario no es uniforme, adecua su ordenación a la especial naturaleza de cada tipo de prestación turística, respondiendo así a las peculiaridades de cada subsector. Esta técnica no es sino la manifestación sectorial de la relación clásica Ley-reglamento, de modo que los tecnicismos propios de cada tipo de empresa turística, y la realidad cambiante de la misma, exige que sea la norma reglamentaria la que precise el contenido concreto de cada actividad empresarial. Aceptada esta relación, hoy la ordenación reglamentaria vigente se enfrenta a un importante reto, su adecuación al nuevo régimen establecido en la reforma de la Ley de Turismo.

En definitiva, el principio de libertad de empresa en el ámbito del turismo se encuentra hoy potenciado. Tradicionalmente, esta libertad ha quedado perfectamente salvaguardada en su triple dimensión de libre acceso al mercado, libre ejercicio de la empresa y libre cesación en la actividad, en un grado similar. Sin embargo, la reciente reforma ha provocado un desequilibrio entre estas libertades, de manera que se maximiza la libertad de acceso y cesación de la actividad, manteniéndose una importante intervención sobre la libertad de dirección de la empresa —y

(33) Artículo 58: «*Todos los aspectos relativos a las modalidades, derechos y deberes de los guías de turismo, así como a los procedimientos de acreditación de las cualificaciones exigibles para el ejercicio de la profesión, serán objeto de regulación reglamentaria conforme a lo dispuesto en esta Ley y en la normativa relativa al libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios y de reconocimiento de cualificaciones profesionales*». Esta remisión exige, por tanto, la modificación del Decreto 264/2007, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Guías de Turismo.

de los establecimientos que la integran— que se ve especialmente afectada por un estatuto jurídico que mantiene su interés en garantizar un sector de calidad y competitivo.

VI. LA PROMOCIÓN Y EL FOMENTO DEL TURISMO

Las actividades de fomento y promoción se han convertido en pilares fundamentales de la actuación pública en materia de turismo. La propia naturaleza de esta materia exige este tipo de intervención, pues el objetivo último de cualquier política turística es resaltar un destino para propiciar un alto flujo de visitantes.

En esta línea, y dentro del Título V, la Ley aragonesa distingue entre promoción (relativa a la demanda) y fomento (relativo a la oferta) del turismo. Ahora bien, esta distinción se produce únicamente a efectos de su ordenación jurídico-administrativa, pero sin delimitar conceptualmente ambas actuaciones. Únicamente se define la actividad de promoción, entendiendo por esta *«la actuación de las Administraciones públicas, de carácter eminentemente material, encaminada a favorecer la demanda de servicios turísticos y apoyar la comercialización de los recursos y productos turísticos propios dentro o fuera de la Comunidad Autónoma»* (artículo 59). En concreto, el régimen de la promoción turística gira en torno a dos elementos que delimitan su desarrollo y ejecución.

Por un lado, la actividad de promoción se halla informada por la consideración de Aragón como destino turístico integral (34). Esta declaración encuentra su lógica en la concurrencia de Administraciones que, en el ejercicio de sus competencias, desarrollan una labor de promoción turística, de modo que este precepto pretende evitar la difuminación de la marca turística Aragón. En concreto, junto a la Administración de la Comunidad Autónoma —a la que corresponde la promoción del turismo de Aragón, con participación de las entidades locales (artículo 61.1)—, tanto las Comarcas como los municipios promocionan los recursos y la oferta turística de su ámbito territorial, exigiendo a todas estas Administraciones implicadas —así como a las empresas turísticas cuando utilicen medios

(34) Así, *«Aragón en su conjunto se considera, a los efectos de esta Ley, destino turístico integral, cuyos recursos y servicios requieren un tratamiento unitario en su promoción fuera del territorio de la Comunidad Autónoma»* (artículo 60).

o fondos públicos—, realizar sus actividades de promoción incorporando la imagen de Aragón como destino turístico integral. Esta unidad, sin embargo, es totalmente compatible con la diversidad del territorio y de los recursos turísticos existentes en él, siendo precisamente esta diversidad la que enriquece el destino como unidad (35).

El segundo elemento informador de la actuación promocional es el derecho de participación del sector empresarial. Con el objetivo de adecuar las actuaciones públicas a las verdaderas necesidades y demandas del sector, la Administración autonómica debe facilitar la participación e integración de los agentes y asociaciones empresariales del sector turístico en estas actividades de promoción, de acuerdo con su ámbito territorial y representatividad (artículo 61.3).

Estas premisas enmarcan el desarrollo de los diferentes mecanismos de promoción previstos por el artículo 62, instrumentos de muy diversa índole cuyo hilo común es su finalidad última, la potenciación y promoción de la imagen de la Comunidad Autónoma y la consiguiente maximización del flujo de turistas, siempre dentro de unos parámetros sostenibles (36). Esta relación de medidas se configura como un listado *numerus apertus*, de modo que este mismo precepto, además de reconocer que «*el Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo (...) podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas*», recoge dentro de su listado una cláusula abierta al incluir «*cualquier otra actividad relacionada con la promoción turística de Aragón que se considere de interés*» (artículo 62.g). Esta previsión permite la adaptación continua de la política de promoción al dinamismo del propio sector, habilitando la aplicación de cualquier otro cauce que, bien por necesidad de política turística, bien por la propia evolución del sector —por ejemplo, la promoción vía Internet—, resulte oportuno poner en marcha en el futuro.

(35) Consciente de este binomio diversidad-unidad, la Ley proclama que «*Aragón en su conjunto se considera, a los efectos de esta Ley, destino turístico integral, cuyos recursos y servicios requieren un tratamiento unitario en su promoción fuera del territorio de la Comunidad Autónoma. La promoción de esta imagen deberá integrar la diversidad de los destinos turísticos de Aragón*» (artículo 60).

(36) En concreto, entre los mecanismos de promoción turística, se prevé la elaboración y desarrollo de planes y programas especiales de promoción orientados a sectores y destinos determinados; el diseño y ejecución de campañas de promoción de los recursos turísticos de la Comunidad Autónoma; la coordinación y gestión de la información turística institucional; la participación en ferias y certámenes, tanto en el ámbito nacional como internacional; la edición de publicaciones orientadas a la difusión y comercialización del turismo de Aragón; o el patrocinio a las iniciativas de promoción y comercialización de interés general para el sector turístico aragonés (artículo 62).

Mención especial merecen dos medidas de promoción que prevé expresamente la Ley aragonesa. La primera de ellas, las Declaraciones de Interés Turístico, figura recogida en el artículo 63, cuya nueva redacción establece que «*el Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo puede declarar de interés turístico las fiestas, acontecimientos, actividades, espacios, servicios y bienes que supongan la manifestación de valores propios y de la tradición popular aragonesa, cuando revistan una especial importancia como recurso turístico*». La información turística es el segundo instrumento de promoción individualizado en su régimen jurídico. En este sentido, conviene precisar que el legislador aragonés opta por un concepto amplio de información, comprensivo tanto de aquellos mecanismos que con el objeto de promocionar y atraer visitantes transmiten datos sobre un destino turístico, como de aquellas actividades que permiten tener un adecuado conocimiento de la demanda turística para la posterior definición de una eficaz política de promoción (37). Para el cumplimiento de estas funciones, la Ley resalta expresamente la especial importancia de las nuevas tecnologías en la labor de difusión interior y exterior de los recursos turísticos, así como en la facilitación de las relaciones entre Administración, empresarios turísticos y turistas (artículo 64.2).

Entre los diversos instrumentos de información turística, revisten especial importancia las Oficinas de Turismo (38), cuya titularidad puede ser de la Administración de la Comunidad Autónoma, de las entidades locales o de otras personas públicas o privadas. Así, la Ley regula la denominada Red de Oficinas de Turismo de Aragón como instrumento de coordinación y promoción de la calidad de la información turística general en Aragón, integrada por las oficinas de titularidad pública y por aquellas de titularidad privada que se incorporen a la misma. Las Oficinas integradas en la Red, en aras a propiciar la calidad de la información, deben cumplir los requisitos establecidos reglamentariamente, pudiendo ser beneficiarios de subvenciones, ayudas o asistencias técnicas como técnica de apoyo al desarrollo de su labor informativa.

(37) En esta línea, la Administración turística debe dotarse «*de medios y sistemas de información orientados a proporcionar el conocimiento de la oferta y la demanda turísticas y a garantizar la atención de peticiones de información*» (artículo 64.1).

(38) Las Oficinas de Turismo son «*dependencias abiertas al público que, con carácter habitual, prestan un servicio de interés público consistente en facilitar a los turistas orientación, asistencia e información turística*» (artículo 64.3).

La actividad de fomento, por su parte, es entendida como el conjunto de actividades encaminadas a la potenciación de la oferta turística de la Comunidad Autónoma, a través de medidas que propicien la mejora de la calidad y la competitividad de los recursos turísticos (39). En concreto, la Ley aragonesa ordena tres tipos de medidas: económicas, honoríficas y formativas.

Entre los instrumentos reconocidos por la legislación aragonesa, en primer lugar se encuentra el otorgamiento de ayudas y subvenciones que, ajustándose a los principios de publicidad, objetividad, libre concurrencia, igualdad, respeto de las reglas de la libre competencia y adecuación a la legalidad presupuestaria, estimulan la realización de aquellas acciones y proyectos turísticos que supongan el cumplimiento de los objetivos fijados legalmente y se adecuen en términos de oportunidad a la directrices de la actual política turística. El otorgamiento de estas ayudas y subvenciones corresponde a la Administración turística competente y, en este sentido, la Ley prevé expresamente que las Comarcas pueden *«otorgar ayudas a empresas, entidades y asociaciones turísticas, así como a otras entidades locales, con el objeto de estimular la realización de las acciones establecidas en los planes y programas de fomento y promoción turística, aprobados en desarrollo de los instrumentos de ordenación territorial de los recursos turísticos»* (artículo 66.1). Sin embargo, cuando por el carácter de la actividad subvencionable, en relación con los intereses generales de la Comunidad Autónoma o por la necesidad de gestión centralizada o derivada de la normativa comunitaria europea, no sea suficiente con la actividad que libremente puedan llevar a cabo las Comarcas, el Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo podrá otorgar ayudas y subvenciones, sin perjuicio de la colaboración, mediante convenio, con estas entidades locales (artículo 66.2).

Las medidas económicas son, como en otras muchas ramas del Derecho administrativo sectorial, los instrumentos más importantes de fomento.

(39) Sobre la base de estas finalidades genéricas, el artículo 65 se encarga de definir expresamente los objetivos concretos que debe perseguir la actuación administrativa de fomento, entre los que se explicita la diversificación, segmentación y desestacionalización de la oferta turística a través de la incentivación de productos propios del turismo de interior; poner en valor y conservar los recursos turísticos vinculados esencialmente al patrimonio cultural y natural aragoneses; modernizar la oferta turística mediante la actualización de instalaciones, infraestructuras y servicios y la mejora de la productividad y competitividad; y potenciar las enseñanzas turísticas y de la cualificación de los profesionales del sector mediante su reciclaje profesional y especialización.

Sin embargo, en el sector turístico existe otro grupo de medidas, de carácter honorífico, que son intensamente eficaces para el cumplimiento de los objetivos turísticos. La razón de la utilidad de estas medidas se encuentra en el propio concepto de calidad que, recordemos, se convierte en el eje nuclear del modelo turístico actual. Así, la posibilidad de resaltar la calidad de un servicio turístico mediante reconocimientos honoríficos oficiales, le otorga un «plus» de competitividad en su imagen y promoción (40). Mención especial merecen, en este sentido, las previsiones contenidas en el nuevo artículo 67.bis («Fomento de la calidad turística»), precepto que, sin perjuicio de los instrumentos de fomento generales y específicos recogidos en otros artículos de la Ley, reconoce otras medidas que tratan de elevar la calidad de los establecimientos, empresas y actividades turísticas, como son la creación de marcas o distintivos de calidad turística; la promoción de las actividades de evaluación o certificación de la calidad realizadas por parte de entidades especializadas; y el impulso a la elaboración de cartas de calidad o a la participación en cartas de calidad elaboradas por entidades especializadas.

Finalmente, la Ley aragonesa prevé, como tercera medida de fomento, el apoyo a la formación turística. La formación de los profesionales turísticos es una inversión necesaria en el actual modelo turístico. Para cumplir el objetivo de calidad en la actividad turística y competitividad de los establecimientos turísticos, resulta esencial apoyar las iniciativas tendentes a capacitar al personal de estos establecimientos, tanto en el nivel universitario como en la formación profesional. Y en este sentido, la Ley señala que *«la Administración de la Comunidad Autónoma propiciará la unificación de criterios en los programas de estudios de la formación reglada y ocupacional, y promoverá el acceso a la formación continua de los trabajadores del sector turístico. Asimismo, promoverá la realización de convenios con las Universidades para el impulso de los estudios turísticos»* (artículo 68).

(40) Consciente de la importancia de este tipo de medidas, la legislación aragonesa prevé la concesión de premios e incentivos honoríficos como *«reconocimiento de aquellas actuaciones privadas o realizadas por entidades locales tendentes a la consecución de un turismo de calidad»* (artículo 67).

VII LA DISCIPLINA TURÍSTICA

La Ley del Turismo de Aragón, en su artículo 69, explicita que la disciplina turística tiene por objeto «*la regulación de la actuación inspectora, la tipificación de las infracciones, la determinación de las sanciones administrativas y el procedimiento sancionador en relación con el turismo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón*».

1. La Inspección Turística

Como ha señalado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (41), «*la inspección administrativa constituye una actividad cuyo objetivo es la obtención de información para el adecuado ejercicio de otras actividades, como son las de limitación o de policía —sanción— en su caso*». Para esta autora, «*la potestad de inspección resulta un instrumento imprescindible para lograr el cumplimiento de la legalidad y es éste el objetivo que justifica su propia existencia*».

A continuación vamos a examinar someramente las cuatro notas que, siguiendo a AMENÓS ÁLAMO (42), caracterizan a la inspección: elemento objetivo, elemento subjetivo, elemento normativo o prescriptivo y elemento teleológico.

Desde un punto de vista subjetivo, nos encontramos ante una relación jurídica bilateral: un sujeto activo inspector y unos sujetos pasivos obligados a verificación. En el caso de la legislación aragonesa, observamos que la inspección turística corresponde bien a las comarcas bien al Departamento del Gobierno de Aragón responsable de turismo, respecto de los establecimientos y actividades que resulten de su respectiva competencia.

La Ley del Turismo de Aragón exige expresamente en su artículo 73.1 la condición de funcionario para el desempeño de la actividad inspectora, a diferencia de otras leyes autonómicas que se remiten a la cláusula genérica «*personal al servicio de*» la Administración correspondiente. Dichos funcionarios tendrán el carácter de autoridad en el ejercicio de su función y podrán solicitar el apoyo necesario de cualquier otra, especialmente de

(41) Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo del turismo*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 101-103.

(42) Juan AMENÓS ÁLAMO, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Barcelona, Cedecs, 1999.

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Policías Locales y de los Agentes de Protección de la Naturaleza. Por su parte, el artículo 70 de la norma turística aragonesa establece que *«están sujetos a la disciplina turística regulada en esta Ley las personas físicas o jurídicas titulares de empresas o establecimientos turísticos, así como aquellas que ejerzan una profesión turística o realicen actividades turísticas en Aragón»*.

La perspectiva teleológica de la inspección turística, reflejada en el artículo 72.1 de la Ley aragonesa, precisa como sus funciones son *«la información, asesoramiento y comprobación del cumplimiento de la legislación turística y de la relativa a la promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas»*.

La función de información y comprobación del cumplimiento de la legislación turística entronca con los cometidos propios de cualquier actividad inspectora. Sí que llaman la atención tanto la exigencia de proporcionar asesoramiento a los interesados [calificado de dudoso deber por parte de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (43)], como el celo en observar el cumplimiento de la normativa de protección de los discapacitados, algo que obedece sin duda a un importante cambio en la mentalidad social en esta materia.

En cuanto al elemento objetivo, la actividad de reconocimiento y comprobación, la Ley del Turismo de Aragón recoge tanto la posibilidad de proceder al examen de las dependencias de los establecimientos turísticos como de los documentos relativos a la prestación de servicios.

Finalmente, el elemento normativo o prescriptivo es el que faculta al inspector con una serie de poderes para obtener información. A este respecto, el artículo 73.2 de la Ley aragonesa, recoge la facultad de libre entrada y permanencia en establecimientos turísticos por parte de la inspección. Existe la salvaguarda de que cuando sea precisa la entrada en un domicilio particular, deberán contar con la oportuna autorización judicial, salvo consentimiento del afectado.

Además, los responsables de las empresas están obligados a facilitar a la inspección el examen de las dependencias y el análisis de los documentos, así como a tener a disposición un libro de inspección debidamente diligenciado. Los inspectores también podrán solicitar a organismos oficiales, organizaciones profesionales y asociaciones de consumidores cuanta

(43) Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo del turismo*, ob. cit., p. 112.

información consideren necesaria para un adecuado cumplimiento de las funciones inspectoras.

Por lo que se refiere a aspectos procedimentales, un aspecto llamativo es la omisión de cualquier referencia legal a la existencia de planes de inspección. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (44), el instrumento que constituye la clave del control administrativo en que consiste la inspección son los Planes de Inspección turística, pese a que sólo una minoría de Comunidades Autónomas les han dedicado atención. Ha sido GARCÍA URETA (45) quien ha señalado la estrecha relación que existe entre la aplicación de los principios de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad y la aprobación de los correspondientes planes de inspección.

La Ley del Turismo de Aragón se limita a regular un instrumento específico de actuación, como son las actas de inspección. Pueden ser de mera comprobación de hechos o bien de infracción, y lo más singular de su régimen jurídico viene recogido en el artículo 75.4 de la Ley aragonesa cuando indica que *«las actas de inspección son documentos públicos y su contenido se presumirá cierto, salvo que se acredite lo contrario»*. No han tenido acogida legal, sin embargo, otros posibles instrumentos de actuación inspectora como pudieran ser los informes, citaciones y requerimientos.

La actividad de inspección turística cobrará una especial relevancia en el proceso de incorporación al derecho interno de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Como ha señalado MUÑOZ MACHADO (46), la Directiva incorpora *«un nuevo paradigma en materia de intervención administrativa en la libertad de empresa: quedarán arrumbadas, o se mantendrán como excepción, las autorizaciones administrativas previas, y regirá la libertad de acceso a los mercados, ejercitable sin más requisito que ponerlo en conocimiento, mediante comunicaciones o declaraciones responsables, de los poderes públicos competentes»*.

Se desplaza el punto de gravedad de la intervención administrativa desde un poder de limitación previo al desarrollo de la actividad hacia

(44) Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo del turismo*, ob. cit., p. 118.

(45) Agustín GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p.124.

(46) Santiago MUÑOZ MACHADO, «Las regulaciones por silencio: cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2009, pp. 70-79.

un control *a posteriori* de la misma. En este punto se revela decisiva la intervención del inspector de turismo, que habrá de comprobar que las manifestaciones efectuadas por el declarante o comunicante se ajustan a la legalidad y, en caso contrario, deberá instar la adopción de las medidas correctoras necesarias.

2. Infracciones, sanciones y procedimiento sancionador

La Ley del Turismo de Aragón, tal como ha señalado BERMEJO LATRE (47), mantuvo la configuración de los tipos recogidos en la Ley 5/1993, de 29 de marzo, por la que se establece el régimen de inspección y procedimiento en materia de disciplina turística [derogada], «cohesionando el catálogo de infracciones con el conjunto de obligaciones de los prestadores de servicios y de los derechos y deberes de los turistas, y adaptando su literalidad en algunos casos».

La norma turística aragonesa ha establecido en sus artículos 76 a 79 un catálogo de infracciones, basado en una clasificación tripartita de las mismas (leves, graves y muy graves), que ha sido minuciosamente analizado por el citado BERMEJO LATRE (48). Conviene precisar, no obstante, que la Ley por la que se modifica parcialmente la Ley del Turismo de Aragón ha introducido distintas modificaciones en los tipos de infracción.

En relación con las infracciones leves, se modifica el apartado 9 del artículo 77, para incorporar un nuevo tipo consistente en «*el incumplimiento de las obligaciones de información y respuesta a las reclamaciones de los turistas*». Ello trae causa del nuevo deber de los empresarios turísticos, introducido en virtud de lo dispuesto en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, consistente en «*disponer de los medios para que los turistas puedan dirigir sus reclamaciones o peticiones de información sobre el servicio prestado conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable al libre acceso y prestación de los servicios, poniendo a disposición de aquéllos hojas de reclamaciones y entregándolas cuando así lo soliciten; y dar respuesta a las eventuales reclamaciones en el plazo más breve*

(47) José Luis BERMEJO LATRE, «La policía del turismo», en José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado autonómico...*, ob. cit., p. 454.

(48) José BERMEJO LATRE, «La policía del turismo», en José TUDELA ARANDA, *El derecho del turismo en el Estado autonómico...*, ob. cit., pp. 458-464.

posible y en cualquier caso antes de un mes desde la fecha en que hayan sido formuladas».

Por lo que respecta a las infracciones graves, se modifica el apartado 1 del artículo 78, para acomodar su redacción a la incorporación del nuevo régimen de comunicación previa. Asimismo, el apartado 8 se modifica, de manera que ya no se sanciona la percepción de precios superiores a los comunicados, sino tan sólo a los exhibidos.

Se añade un nuevo apartado al artículo 78, por el que se introduce un nuevo tipo consistente en *«la práctica de la acampada libre en el territorio de la Comunidad Autónoma»*. La Ley del Turismo de Aragón de 2003 había prohibido la acampada libre, pero no había introducido legalmente un tipo de infracción que permitiese sancionar a quienes cometían tal actividad, algo que se ha procedido a subsanar.

Asimismo, se ha procedido a corregir tanto el apartado 1 del artículo 79, al entender como infracción muy grave la prestación de servicios con deficiencias cuando entrañen grave riesgo *«para las personas —ya no sólo para los turistas, como la redacción anterior— y el medio ambiente»*; como también el apartado 2, para adecuar su redacción al nuevo régimen de comunicaciones previas.

Por último, se han incrementado de forma destacable los plazos de prescripción de las infracciones, que ahora quedan establecidos en un año para las leves, dos años para las graves y tres años para las muy graves.

En cuanto a las sanciones, la Ley de modificación parcial de la Ley del Turismo de Aragón no introduce grandes novedades, más allá de algunas pequeñas correcciones técnicas y las oportunas adaptaciones atinentes a la adaptación a la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.

Así pues, las infracciones tipificadas pueden dar origen a la imposición, ya sea de modo singular o acumulativo, de las siguientes sanciones: a) apercibimiento; b) multa; c) suspensión del ejercicio de las actividades turísticas o clausura del establecimiento por plazo de hasta un año; d) revocación, en su caso, de la autorización turística; cancelación de la inscripción del empresario, empresa o establecimiento turístico en el Registro de Turismo de Aragón; y clausura definitiva del establecimiento.

Sí que puede destacarse el moderado incremento de las cuantías de las sanciones de multa, que en el caso de las graves su umbral superior

pasa de 3.000 a 6.000 euros, y en las muy graves este umbral superior pasa de 60.000 a 90.000 euros.

En cuanto al procedimiento sancionador, tal como dispone el artículo 89 de la Ley del Turismo de Aragón su tramitación *«se realizará conforme a lo establecido en el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón, y de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»*.

Debe reseñarse como una importante novedad incorporada por la Ley de modificación parcial de la Ley del Turismo de Aragón la aparición de las categorías de la conciliación y la subsanación. Así, se establece que, con carácter previo o simultáneo a la incoación del procedimiento sancionador, se ofrecerá al presunto infractor la posibilidad de normalizar las irregularidades administrativas en las que hubiere incurrido y reparar los perjuicios causados a los turistas. La subsanación de las irregularidades administrativas podrá formularse atendiendo a la entidad de la infracción y al perjuicio que conlleve.

Del mismo modo, se indica que la conciliación voluntaria para la reparación de los perjuicios causados a los turistas sólo podrá tener lugar en aquellas reclamaciones en las que prime un interés particular y éste sea cuantificable económicamente.

La conciliación y la subsanación plena comportarán el archivo de las actuaciones o la atenuación de las infracciones y sanciones, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los perjuicios causados, en tanto que la subsanación parcial únicamente podrá dar lugar a la atenuación de las infracciones y sanciones.

JURISPRUDENCIA

LA ACCIÓN DE RETRACTO DE MONTES. UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA TODAVÍA EFECTIVA(*)

MARÍA JESÚS MONTORO CHINER

Notas a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Sala Segunda, de 25 de septiembre de 2007) recaída en el recurso de apelación promovido contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ripoll (Gerona), de 31 de octubre de 2006, en el procedimiento seguido por el Ayuntamiento de Campelles, en ejercicio de la acción de retracto de una finca colindante con montes comunales, al amparo del artículo 25 de la Ley de Montes 43/2003, de 21 de noviembre.

I. La institución del derecho de tanteo y retracto de montes colindantes, ejercitado por las Administraciones públicas, ha formado parte del conjunto de técnicas jurídicas de protección del dominio público, aunque su ejercicio haya sido más frecuente en unos territorios que en otros. Un examen de la jurisprudencia, poniendo el acento en el lugar origen del conflicto, la situación de las fincas, y las entidades públicas que ejercitaban el derecho de retracto, constituye buena prueba de ello.

La clave o el sentido proteccional del dominio público (su defensa, recuperación, etc.) está variando, sin embargo, hacia la protección ambiental de los bienes que componen tal dominio, de forma que la acción de retracto se está utilizando, también, para «recomponer» elementos de la naturaleza, como bosques y parajes, cuya componente ambiental puede ser más digna de protección que la mera posesión o titularidad del sector sobre el que se ejerce el dominio.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 15 de septiembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 18 de octubre de 2010.

En esta tonalidad anunciada se inserta la Sentencia que a continuación comentaremos y a ella tendía, previamente, la finalidad de la protección medioambiental de los bosques que el Ayuntamiento de Campelles procedió a defender mediante la acción de retracto.

II. Conviene recordar que la antigua Ley de Montes de 1957 —que no fue la primera, pues sus antecedentes son remotos— preveía, en su artículo 11, un sistema de adquisición preferente y, en su caso, el ejercicio del derecho de retracto. Similar regulación se ha mantenido en la Ley de Montes 43/2003, cuyo artículo 25, intitulado «Derecho de adquisición preferente. Tanteo y retracto», forma parte del capítulo «Derecho de adquisición preferente y unidades mínimas de actuación forestal».

El artículo 25 de la Ley 43/2003 contenía una regulación básica que, desde su perspectiva material, mantenía una orientación mínima unitaria «dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material» (STC 1/2003, FJ 99).

Sin embargo, la simplicidad con que aquí se utiliza el término «básico», en materia de montes y de su titularidad, viene a complicarse por la existencia de títulos transversales que, junto con el previsto en el artículo 149.1.23 CE (medio ambiente, montes) atribuyen competencias en materia de derecho civil al legislador estatal, sin perjuicio de los derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1.8 CE) que, en muchas ocasiones, eran los que regulaban este tipo de acciones; por no dejar de mencionar el título que atribuye al legislador estatal la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18) y todas sus connotaciones con el régimen local, con el régimen del patrimonio de las Administraciones, el de enajenación de bienes, etc. Problemática que tan sólo se apunta, pero que no se analiza, ya que desbordaría el ámbito de este comentario.

A todos estos títulos apelaba la Ley de Montes 43/2003, cuando regulaba el régimen de los montes, materia expresamente calificada como básica «montes y aprovechamientos forestales» por el artículo 149.1.23 CE.

Ahora bien, una regulación en materia de montes, promulgada por el Parlamento de Cataluña, cuyo contenido no puede obviarse, y su interrelación con la Ley básica de Montes tampoco, permitía la interpretación mediante la cual podían las entidades locales, basándose en la Ley de

Montes, ejercitar el derecho de retracto en determinadas fincas. En efecto, la Ley Forestal de Cataluña, Ley 6/1998, atribuía al Departamento de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalidad, el ejercicio de la acción de retracto sobre fincas de más de 250 hectáreas. Nada se establecía, ni tan siquiera como limitación, para los entes locales, ni siquiera en su legislación sustantiva.

Al no existir regulación específica sobre la materia dictada por la Comunidad Autónoma sobre bienes y régimen de bienes de las entidades locales, se entiende —así lo entendió la Corporación Local de Campelles— que el artículo 25 de la Ley de Montes (1) resultaba aplicable. En consecuencia: a) las limitaciones de las 250 hectáreas no resultaban aplicable; b) el Ayuntamiento podía ejercer la acción de tanteo o, en su caso, el derecho de retracto de la finca o monte enclavados en monte comunal, o colindante con él, por ser el titular del monte que contiene al enclavado; c) el Ayuntamiento ejercita el derecho de retracto (art. 25.6 de la Ley 43/2003)

(1) Conviene transcribir, por su complejidad, el artículo 25 de la Ley de Montes.

Artículo 25. Derecho de adquisición preferente. Tanteo y retracto.

1. Las Comunidades autónomas tendrán derecho de adquisición preferente, a reserva de lo dispuesto en el apartado 2, en los siguientes casos de transmisiones onerosas:

a) De montes de superficie superior a un límite a fijar por la Comunidad autónoma correspondiente.

b) De montes clasificados como protectores conforme al artículo 24.

2. En el caso de fincas o montes enclavados en un monte público o colindantes con él, el derecho de adquisición preferente corresponderá a la Administración titular del monte colindante o que contiene al enclavado. En el caso de montes colindantes con otros pertenecientes a distintas Administraciones públicas, tendrá prioridad en el ejercicio del derecho de adquisición preferente aquella cuyo monte tenga mayor linde común con el monte en cuestión.

3. No habrá derecho de adquisición preferente cuando se trate de aportación de capital en especie a una sociedad en la que los titulares transmitentes deberán ostentar una participación mayoritaria durante cinco años como mínimo.

4. Para posibilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente a través de la acción de tanteo, el transmitente deberá notificar fehacientemente a la Administración pública titular de ese derecho los datos relativos al precio y características de la transmisión proyectada, la cual dispondrá de un plazo de tres meses, a partir de dicha notificación, para ejercitar dicho derecho, mediante el abono o consignación de su importe en las referidas condiciones.

5. Los notarios y registradores no autorizarán ni inscribirán, respectivamente, las correspondientes escrituras sin que se les acredite previamente la práctica de dicha notificación de forma fehaciente.

6. Si se llevara a efecto la transmisión sin la indicada notificación previa, o sin seguir las condiciones reflejadas en ella, la Administración titular del derecho de adquisición preferente podrá ejercer acción de retracto en el plazo de un año contado desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que la Administración hubiera tenido conocimiento oficial de las condiciones reales de dicha transmisión.

7. El derecho de retracto al que se refiere este artículo es preferente a cualquier otro.

precisamente porque se había incumplido el deber de los propietarios de informar, y de notarios y registradores de no autorizar ni inscribir escrituras en las que no se consignase el derecho de adquisición preferente a través de la acción de tanteo (art. 25.4 y 5 de la Ley 43/2003). Los montes de titularidad municipal, colindantes con el transmitido, incumpliendo los deberes legales aludidos, eran montes comunales.

Tal vez resulte necesario ahora efectuar una puntualización sobre los caracteres de la finca transmitida. Según la certificación del Departamento de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalidad de Cataluña, obrante en los autos, parte de las parcelas catastrales (en número de dos) del polígono del municipio de Campelles «forman parte del espacio «Serra Cavallera» de la Red Natura 2000», por lo que la finca transmitida interprivatos estaba vinculada a una zona de protección de especies incluida en la Red Natura 2000 y, por tanto, catalogada según la Directiva 92/43/CEE, varias veces modificada y transpuesta a la legislación interna mediante el Real Decreto 1997/1995, modificado por el 1193/1998, (FJ VI de la Sentencia de apelación comentada).

III. La Ley de Montes 43/2003, cuyos contenidos programáticos han evolucionado a través de otras leyes ambientales posteriores, como la del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, Ley 42/2007, aunque no hayan sido superadas sus técnicas jurídicas, resaltaba el valor de conservación ecológica de los montes por encima de su valor económico.

Bajo el mensaje de que los bosques son parte del desarrollo sostenible, los montes cumplen una función social con independencia de su titularidad. Son una propiedad vinculada que justifica el sometimiento de los bienes privados a un régimen específico adicional al común de la propiedad (en las legislaciones civiles). Formulada en otros términos: hoy en día puede hablarse del carácter transindividual de la propiedad de los montes.

Todas estas razones llevaron al legislador a reintroducir en una norma administrativa —la Ley de Montes— un derecho de adquisición preferente (tanteo y retracto), a ejercitar en determinados supuestos, sin establecer una regulación ni sustantiva ni procesal de tales derechos.

Esta técnica —correcta desde el punto de vista de los análisis de legística— no fue ajena a controversias; entre ellas las de su constitucionalidad. Como es sabido, a propósito de la introducción de un derecho de tanto y

retracto en favor de la Comunidad Autónoma de Madrid por la Ley 1/1985 (Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares), argumentó el Tribunal Constitucional que «el establecimiento en favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos no implica una regulación de tal institución civil, la cual es perfectamente compatible, como en el caso enjuiciado sucede, con el uso por la Administración de tales derechos previa disposición legislativa constitutiva de las mismas, con sometimiento al derecho civil del régimen jurídico de las instituciones citadas» (STC 170/1989).

Pues bien, todas estas ideas expuestas constituían las premisas de un pleito planteado contra la Corporación local de Campelles, de grave complejidad procesal (incluida la pieza de incompetencia del orden jurisdiccional, la intervención del Ministerio fiscal y la imputación y falta de legitimación activa del Ayuntamiento, alegada por el titular de la finca transmitida por no tener el Ayuntamiento la finca colindante inscrita en el Registro de la Propiedad, entre otras).

Hace tan sólo unos meses se procedió a inscribir las 77 hectáreas de la finca a nombre de la Corporación local en el Registro de la Propiedad. El tiempo transcurrido desde la Sentencia que se comenta hasta la inscripción de la finca ha venido motivado por un intento de interposición de recurso de casación (no admitido) y por los numerosos recursos interpuestos en la fase de ejecución, al efecto de dirimir las controversias sobre la fijación del precio de la finca, surgidas entre el propietario de la finca y el Ayuntamiento de Campelles.

A continuación se transcribe el texto de la Sentencia de la que fue ponente el Magistrado Don J.I. Rey Huidobro.

«ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El presente proceso se inició mediante la demanda presentada en nombre de Ajuntament de Campelles contra ___.

SEGUNDO. La sentencia que puso fin a la primera instancia dice en su parte dispositiva: «Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda interpuesta por la procuradora __, en nombre y representación del Ayuntamiento de Campelles contra __ y condeno a la referida demandada a que otorgue escritura pública a favor del Ayuntamiento de Campelles

sobre la finca __ de Campelles inscrita en el Registro de la Propiedad de Ripoll __, en las mismas condiciones en las que la entidad demandada __ adquirió la citada finca, debiendo abonar la parte actora en el acto el precio de compraventa, gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa «vendida», con imposición de costas a la parte demandada».

TERCERO. En aplicación de las normas de reparto vigentes en esta Audiencia Provincial, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, ha correspondido el conocimiento del presente recurso a la Sección Segunda de aquella

CUARTO. En su tramitación se han observado las normas procesales aplicables a esta clase de recurso, habiendo efectuado las partes las alegaciones que pueden verse en los respectivos escritos presentados en esta segunda instancia, a los que se responde en los siguientes fundamentos jurídicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Ejercitada por el Ayuntamiento de Campelles la acción de retracto respecto de la finca __ de Campelles, que fue adquirida por __ por compraventa formalizada en escritura pública, se basa la pretensión deducida en el derecho de adquisición preferente reconocido a las Comunidades autónomas y a la Administración titular del monte colindante por el art. 25 de la Ley de Montes, 43/2003, de 21 de noviembre. Formuló oposición la mercantil __, alegando cuestiones de fondo sin cuestionar la competencia del orden jurisdiccional civil que debería denunciarse mediante declinatoria, art. 39 LEC, e incluso reforzando la competencia de la jurisdicción civil al invocar el carácter real del derecho de retracto y la aplicación supletoria de la legislación civil a las condiciones de ejercicio del derecho.

Recayó sentencia de primera instancia estimatoria de la demanda.

Disconforme la parte demandada con lo decidido en primera instancia, denuncia el incumplimiento por el órgano «a quo» de las normas de derecho imperativo por afectar al orden público, ya que no apreció de oficio la incompetencia de jurisdicción que, a juicio de quien recurre, procedía, art. 37.2 LEC, por corresponder el conocimiento del derecho

de retracto ejercitado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no civil, planteando de este modo una extemporánea excepción que, no obstante, la Sala ha de examinar con carácter previo al análisis del fondo, al tratarse de materia de orden público procesal.

SEGUNDO. Conviene destacar aquí, que en el presente procedimiento no se ha planteado un recurso contra la actuación de una Administración pública cuya calificación es lo que caracteriza a este orden jurisdiccional, sino que se trata de una demanda interpuesta por un Ayuntamiento frente a una sociedad o entidad particular en base a una norma de naturaleza administrativa que destinada a garantizar la conservación, mejora y aprovechamiento de los montes españoles confiere a las Comunidades autónomas y a la Administración titular del monte colindante un derecho de adquisición preferente (tanteo y retracto), a ejercitar en determinados supuestos, artículo 25 de la Ley de Montes, pero sin establecer una regulación del régimen jurídico de tales derechos, que al tratarse de instituciones jurídicas de carácter civil (derechos reales) se regulan por la legislación civil.

Como dice el Tribunal Constitucional en Sentencia de 170/1989 en relación a un derecho de tanteo y retracto creado a favor de la Comunidad de Madrid por Ley 1/1985 de 23 de enero del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares «...El establecimiento a favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos no implica una regulación de tal institución civil, la cual es perfectamente compatible, como en el caso enjuiciado sucede, con el uso por la Administración de tales derechos previa disposición legislativa constitutiva de las mismas, con sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones citadas».

Por lo tanto el ejercicio ante la jurisdicción civil por parte del Ayuntamiento, de una acción real cuya regulación institucional se efectúa en la normativa civil, aunque dicha acción tenga origen en un derecho conferido a la Administración pública por una norma administrativa, no comporta exceso en el ejercicio de la jurisdicción.

Diferente sería si se hubieren impugnado por el particular afectado un acto administrativo en ejercicio del principio de autotutela por parte de la Administración, cuya nulidad sólo puede ser declarada por los Tribunales del orden contencioso-administrativo; pero no ha sido así, pues lo que existe es una actividad de la Administración propugnando ante la juris-

dicción civil el retracto en una compraventa entre particulares cuyo objeto es obtener la declaración judicial del derecho a la propiedad de la finca enajenada quedando subrogado en la posición del comprador, sin que conste la concurrencia de acto administrativo que haya sido impugnado ante esta jurisdicción, lo que ciertamente daría lugar a la incompetencia de jurisdicción. Y no es ahora momento adecuado para cuestionar la actuación administrativa del Ayuntamiento demandante, relativa a las circunstancias del procedimiento administrativo seguido para ejercitar el retracto, cumpliendo con los requisitos que establece el Texto Refundido de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya y el Reglamento de patrimonio de los entes locales aprobado por Decreto 336/1988 de 17 de octubre, pues esto encierra una cuestión nueva no planteada como causa de oposición en la contestación a la demanda, que veta el art. 456 LEC, y que de haberse formulado en primera instancia podría haber determinado la competencia jurisdiccional al impugnarse de este modo eventuales actos administrativos llevados a cabo en el correspondiente expediente de adquisición de bienes inmuebles a título oneroso.

TERCERO. En segundo lugar se alega la falta del preceptivo requisito de procedibilidad en las demandas de retracto, consistente en la consignación del precio real de la compraventa, motivo del recurso que debe ser igualmente rechazado, pues además de que el retravente es una Administración Pública a la que el artículo 12 en relación con la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas exime de la obligación de constituir depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes, resulta definitivo el cambio operado tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, cuyo art. 266.3 exige la consignación del precio, como requisito de procedimiento para el ejercicio de la acción de retracto, sólo cuando lo exija la ley o el contrato.

Habiéndose instado, en el caso examinado, la demanda de retracto al amparo de lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Montes, en lo que constituye un supuesto de retracto legal que habilita a la Administración para ejercitar el derecho de retracto de la finca enclavada o colindante con el monte público por razones de carácter social, de política medioambiental y planificación forestal, no es preciso que se haga la consignación como requisito procesal de admisión de la demanda, pues ninguna mención se hace en dicha normativa, a la consignación como presupuesto ineludible para instar el retracto legal que la misma introduce.

De este tenor viene a ser el criterio mantenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª de 13-9-2004 n° 144/2004, al resolver un recurso de amparo por falta de tutela judicial efectiva contra las resoluciones del Juzgado de 1ª Instancia y la Audiencia Provincial en apelación, que inadmitieron a trámite una demanda de retracto por no haberse efectuado la previa consignación. Dicha sentencia dice: ... «Ha de concluirse que en el ejercicio de la acción de retracto promovida, su desestimación se fundó en el incumplimiento de un requisito que no es legalmente exigible por la Legislación Procesal aplicable para la admisión de la demanda, pues el art. 266.3 LEC condiciona la consignación o la constitución de caución como requisito para la admisión a trámite de la demanda, a que se exija por Ley o por contrato, supuestos que no se daban en el presente caso».

Por lo tanto, debe también ser desestimado este motivo del recurso, al no apreciarse la infracción del art. 266.3 LEC.

CUARTO. Como siguiente motivo del recurso se alega error en la valoración de la prueba al examinar la falta de legitimación activa, ya que mientras el art. 18.3 de la Ley de Montes impone a la Administración titular o gestora la inscripción de los montes catalogados en el Registro de la Propiedad, el Ayuntamiento demandante no ha inscrito su titularidad sobre la finca colindante, de donde pretende extraer la falta de legitimación para ejercitar la acción de retracto por este hecho, sin tener en cuenta que la previsión del art. 18.3 de la Ley de Montes, que entró en vigor a los tres meses de su publicación, acaecida el 23 de noviembre de 2003, no priva de eficacia a la titularidad que se asigne a un monte en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, sino que incluso dicha institución es reforzada en la Ley, arts. 13 y 16, y su eficacia como registro público de carácter administrativo en el que se inscriben todos los montes declarados de utilidad pública, no sufre detrimento por la previsión de inscripción en el Registro de la Propiedad que establece el art. 18.3, de manera que si con la demanda se acompaña justificación suficiente del título en que se funde el retracto, y el Catálogo de Montes de Utilidad Pública la proporciona, pese a su carácter presuntivo, ante la falta de contradicción registral o de otro tipo, unida al Libro Inventario del Ayuntamiento, constando asimismo en los datos fácticos del Registro de la Propiedad como terreno de colindancia con la finca objeto de retracto, no hay motivo alguno para negar legitimación activa al Ayuntamiento demandante por no haber cumplido en dieciséis meses con la prevención de inscripción en el Registro de la Propiedad de los montes catalogados de los que es titular según el Catá-

logo de Montes de Utilidad Pública, para lo que la nueva Ley no establece plazo, ni contempla el efecto de la falta de inscripción, que desde luego no puede ser el de la pérdida de la titularidad que otro registro público ha venido acreditando y continúa haciéndolo. Consecuentemente ha de suscribir la Sala el criterio del juez «a quo», al reconocer la legitimación del Ayuntamiento para el ejercicio de la acción de retracto, ya que no figura entre los requisitos exigidos para el éxito de la acción, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad del retrayente al que corresponda el derecho de subrogarse en el lugar del comprador, y el ejercicio y efectividad del derecho de retracto no están subordinados a la inscripción del título en el Registro, SSTS 9 marzo 1999 y 8 junio 1986.

QUINTO. Se alega por la parte recurrente error en la valoración de la prueba al no tener en cuenta el objeto sobre el que se realiza el retracto, así como inexistencia de justificación sobre el derecho de retracto; y cuestiona el ámbito objetivo del art. 25.2 de la Ley de Montes sosteniendo su inaplicación al supuesto estudiado porque a su juicio, al figurar el objeto de retracto descrito en el Registro de la Propiedad como finca rústica, no puede aplicársele el párrafo 2º del art. 25 de la Ley de Montes, ya que no encaja en el ámbito del mismo la finca sobre la que se pretende ejercitar el retracto, planteando de este modo «ex novo» una cuestión de interpretación semántica que la Sala no comparte, ya que el citado precepto reconoce el derecho de adquisición preferente de la Administración titular del monte colindante en el caso de fincas o montes enclavados en un monte público o colindantes con él y no se desprende en ningún caso que haya sido intención del legislador la de restringir el ámbito objetivo del retracto en supuestos de colindancia, a los predios no calificados como montes, pues parece claro que el objeto de la norma son las «fincas o montes» enclavados en un monte público o colindantes con él, de manera que tratándose el objeto de retracto de una finca calificada de rústica, no ha de quedar excluida del ámbito del retracto en favor de la Administración titular de la finca colindante inscrita en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, cuya calificación como «monte público» ni se cuestiona. Por otra parte la alegación que al respecto se formula, constituye una cuestión nueva, vetada en la segunda instancia por el art. 456 LEC.

SEXTO. Reitera la recurrente que no hay justificación por parte del Ayuntamiento del ejercicio del retracto porque la finca objeto de retracto no se encuentra dentro del ámbito de la Propuesta de ampliación de la «Xarxa Europea, Natura 2000», criterio que contradice la Certificación

del Departament de Medi Ambient i Habitatge de la Generalitat de Catalunya, fol. 23, según el cual parte de las parcelas catastrales nº 1 y 57 del polígono del municipio de Campelles, forman parte del espacio «Serra Cavallera» de la Xarxa Natura 2000, por lo que la finca adquirida está vinculada a una zona de protección de especies incluidas en Xarxa Natura 2000 y por tanto catalogada según la Directiva 92/43/CEE de 21 de mayo relativa a la conservación de hábitats naturales, modificada después por la Directiva 97/62/CE de 27 de octubre de 1997, transpuesta a la legislación española mediante Real Decreto 1193/1998 de 7 de diciembre que modifica el Real Decreto 1997/1995; los planos que se citan en el recurso no proporcionan prueba suficiente a la Sala para desvirtuar la certificación oficial que vienen a corroborar los planos que se acompañan con la demanda, en los que se aprecian con mayor claridad la ubicación y delimitación de las fincas.

SÉPTIMO. Se alega como otro motivo de recurso desviación de poder por parte del Ayuntamiento de Campelles que demanda, ya que el consistorio lo que pretende es obtener otros fines distintos medioambientales alegados en la demanda, lo cual se extrae de una fotografía y nota de prensa en la que se habla del interés de una empresa extranjera por establecer una instalación de transformación de madera en Cataluña, citando el bosque de Campelles como uno de los espacios posibles.

Esto no constituye sino meras conjeturas sobre las eventuales intenciones del Ayuntamiento demandante, que al adquirir la finca rústica objeto de retracto habrá de sujetar sus actuaciones a las prevenciones legales correspondientes a la protección del espacio medioambiental en que la finca se incardina, de manera que, con independencia de la noticia que revela un interés de terceros como hipotético y eventual, en la instalación de una industria, no existe prueba alguna que permita relacionar la acción de retracto ejercitada, con intenciones espurias del Ayuntamiento, más allá de las que justifican legalmente el ejercicio de la acción de retracto, que no encierran «desviación de poder».

OCTAVO. Como último motivo del recurso se alega que no es de aplicación la Ley de Montes porque es una ley básica estatal que no puede regular el desarrollo de la competencia forestal en aquellas comunidades autónomas que tengan transferidas dichas competencias, cual es el caso de Catalunya donde rige la ley específica y sectorial 6/1998 de 30 de marzo, Forestal de Catalunya, la cual no otorga derecho a los entes locales, sino

que al regular el retracto solo lo reconoce con carácter exclusivo a favor del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat.

También este motivo del recurso debe ser rechazado, porque si bien en Cataluña existe una normativa forestal, esta es anterior a la Ley de Montes de 2003, y si en aquella, Ley Forestal de Cataluña, 6/1998 de 30 de marzo se faculta exclusivamente al Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca para ejercer los derechos de tanteo y retracto, y únicamente sobre terrenos forestales de extensión superior a las 250 hectáreas, la nueva regulación que tiene carácter básico estatal, y es muy posterior a aquella, inspirándose en la declaración de la Asamblea de Naciones Unidas en su sesión especial de junio de 1997, en orden a la ordenación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques como fundamentales para el desarrollo económico y social, la protección del medio ambiente y los sistemas sustentadores de la vida en el planeta, sin perjuicio de la responsabilidad y competencia de las Administraciones autonómicas en materia forestal, de acuerdo con la Constitución y los estatutos de autonomía, revitaliza a través de la nueva Ley de Montes el papel de las Administraciones locales en la política forestal, concediéndoles una mayor participación en la adopción de decisiones que inciden directamente sobre sus propios montes, reconociendo con ello su papel como principales propietarios forestales públicos en España y su contribución a la conservación de unos recursos naturales que benefician a toda la sociedad, según se expresa la Exposición de motivos.

Por ello, esta Ley con carácter básico establece un derecho de adquisición preferente a favor de las Administraciones públicas en función de la titularidad de los montes y fincas objeto del mismo; y al estar dictada en virtud de las competencias estatales en materia de medio ambiente, según el art. 149.1.23 de la CE, la disconformidad sobrevenida de la normativa autonómica con las nuevas bases introducidas por la nueva Ley, proporcionan a esta una preferencia en su aplicación, lo cual en el caso examinado no comporta contradicción entre lo regulado en las respectivas leyes, pues tratándose el objeto de retracto de una finca rústica cuya extensión no alcanza las 250 hectáreas, no quedaría bajo el ámbito de regulación del retracto en la Ley autonómica, art. 24 de la Llei Forestal de Catalunya 6/1998, de 30 de marzo, que solo regula el tanteo y retracto de fincas superiores a 250 hectáreas facultando al Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca para ejercitar dichos derechos pero sobre terrenos forestales superiores a aquella superficie, que no es el caso, por lo que debe ser también rechazado este motivo del recurso.

NOVENO. El rechazo de la apelación conlleva la imposición a la parte apelante de las costas del recurso, conforme al art. 398.1 LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general pertinente aplicación:

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación formulado contra la Sentencia de fecha 31 de octubre de 2006, dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 1 RIPOLL en los autos de procedimiento ordinario nº 244/2005, de los que este rollo dimana, y confirmamos el Fallo de la misma, con imposición de las costas de la alzada a la parte apelante».

CRÓNICAS

**REFLEXIONES Y ASPECTOS PRÁCTICOS ACERCA
DE LAS ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA NORMATIVA
CONTRACTUAL**
**(Crónica del Seminario sobre contratación pública
celebrado en Formigal en septiembre 2010)**

TERESA MEDINA ARNÁIZ

SUMARIO: I. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS: 1. La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes. 2. La nueva Ley de recursos en materia de contratación pública: incidencia práctica. 3. Problemas prácticos de los procedimientos y criterios de adjudicación de los contratos. 4. Contratación pública y Directiva de Servicios. Hacia la simplificación administrativa. 5. Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos.– II. EL ESCENARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA.

En el marco de las actividades del Proyecto de investigación *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* (DER JURI 2009-12116) se celebró los días 23 y 24 de septiembre de 2010 en Formigal (Huesca) un seminario sobre contratación pública con el objetivo de analizar las novedades que presenta la normativa contractual después de las últimas e importantes modificaciones acaecidas en esta materia.

Este seminario abordó, en forma de ponencias acompañados del posterior debate entre todos los asistentes, el análisis de los cambios operados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y los problemas prácticos que supone la adaptación de los pliegos de cláusulas administrativas a la nueva normativa.

En este contexto de reflexión, el seminario se estructuró en torno a dos grandes bloques temáticos: el Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos y la crisis económica, ya que el proceso de reformas

legislativas que modifica la LCSP deriva, en unos casos, de las obligaciones impuestas desde el Derecho de la Unión, y en otros, del nuevo escenario que emerge en el actual contexto de crisis económica.

En la presentación del Seminario, el Director del mismo, el profesor GIMENO FELLIÚ, avanzó la intensa operación de ajustes que ha sufrido la normativa contractual en estos últimos meses. Tal como se recordó a todos los participantes, la LCSP se ha mostrado como una Ley poco estable, tanto que incluso se ha hablado ya de la conveniencia de elaborar un Texto refundido de la LCSP por motivos relacionados con el principio de seguridad jurídica (1). Y es que, esta Ley ha sido modificada en seis ocasiones distintas entre abril y septiembre de este año (2), siendo la más importante la reforma operada en virtud de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y pasando casi desapercibida la modificación llevada a cabo por la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (3).

La motorización legislativa en la que nos hemos visto inmersos en estos últimos meses —que no finaliza con las modificaciones ya publicadas en el BOE (4)— conllevaba dudas acerca de cómo debía aplicarse la nueva

(1) Se trata de la recomendación hecha por el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria.

(2) En estos últimos meses la LCSP se ha reformado por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril; el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo; la Ley 14/2010, de 5 de julio; la Ley 15/2010, de 5 de julio; la Ley 34/2010, de 5 de agosto y, por último, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

(3) La Disposición Adicional sexta de esta Ley ha introducido un apartado cuarto al artículo 83 de la LCSP relativo a la garantía definitiva en los contratos de concesión de obras públicas. En mi opinión, esta reforma es un ejemplo de mala técnica legislativa al percibirse una desconexión material entre el precepto de la LCSP que ha sido modificado y la materia objeto central de regulación por parte de esta Ley. Esta falta de conexión directa recuerda tiempos pasados que creíamos olvidados como sucedió con la reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de 1995, de Contratos de las Administraciones Públicas por parte de la Ley 9/1996, de 15 de enero, de medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la sequía.

(4) Entre las novedades legislativas que se avecinan destacan las que tengan su origen en la futura Ley de Economía Sostenible [Proyecto de Ley publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-60-1, de 9 de abril de 2010] y en la Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas [Proyecto de Ley publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-47-1, de 13 de noviembre de 2009]. Además de ello, cabe señalarse que el Consejo de Ministros del pasado 8 de octubre ha aprobado un Acuerdo en el ámbito de la Estrategia Estatal de Innovación (e2i) para impulsar la compra pública innovadora en la Administración General del Estado previendo la adquisición preferente de bienes y servicios de carácter innovador.

normativa desde el punto de vista práctico. Estas dudas fueron aclaradas en este Seminario al despejarse interrogantes tales como el régimen transitorio aplicable a los procedimientos en curso (5).

I. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes

Con carácter preliminar al comentario de los contenidos de las ponencias que tuvieron lugar en este acto, procede recordar que las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos se han adoptado en el marco de la realización del Mercado único con el objetivo de garantizar la transparencia en los procedimientos de adjudicación contractual y, de esta manera, excluir el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en la adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores. No obstante, estas Directivas, y más concretamente la Directiva 2004/18/CE que es la que se ha transpuesto al Derecho nacional por parte de la LCSP, se aplican únicamente a los contratos públicos de obras, suministro y servicios cuyo valor estimado supera los umbrales fijados por esta Directiva.

Ante este carácter limitado del ámbito objetivo de aplicación, la primera de las ponencias, a cargo de Alfonso RUIZ DE CASTAÑEDA, versó sobre las cuestiones pendientes del Derecho de la Unión en esta materia. Esta intervención presentó a los asistentes un panorama de los cambios que se avecinan en la legislación contractual como consecuencia de la necesaria adecuación de la normativa española a las exigencias derivadas de sus obligaciones como Estado miembro. Así, en el Derecho de la Unión el futuro

(5) Cabe indicarse que con anterioridad a la celebración de este Seminario tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid como la de la Comunidad de Aragón habían hecho públicos, respectivamente, el Acuerdo 10/2010, de 10 de septiembre, por el que se informa a los órganos de contratación de las principales novedades introducidas en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y la Circular 1/2010, de 22 de septiembre, sobre «novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad». Con posterioridad, se ha publicado también el Informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010, por el que se aprueba el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto».

de la normativa contractual pasa, en primer lugar, por regular los contratos de concesión de servicios, ya que en el momento actual, estos contratos no se rigen por las Directivas mediante las cuales el legislador europeo ha regulado el ámbito de los contratos públicos, pues están expresamente excluidos por el artículo 17 de la Directiva 2004/18/CE.

Otro aspecto que centró la atención en esta primera ponencia fue la necesidad de transponer al Derecho español la Directiva que regula las adquisiciones en los sectores de la defensa y de la seguridad. Se trata concretamente de la Directiva 2009/81/CE, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, que si bien se encuentra todavía en plazo para que se adopten las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Directiva, la complejidad en los trámites legislativos pudieran ocasionar un incumplimiento en lo que se refiere a su transposición antes de la expiración de dicho plazo fijado para el 21 de agosto de 2011.

En estos momentos, el proceso de transposición de esta Directiva se encuentra en fase de Anteproyecto de Ley (6). El texto de este Anteproyecto crea un marco regulatorio específico que reconoce la singularidad de los contratos llevados a cabo en estos sectores e impulsa la participación de las pymes en la ejecución de los mismos. Asimismo, introduce una serie de ajustes legales para flexibilizar los procedimientos de contratación en este campo, como es el incremento del plazo de vigencia de los acuerdos marco o la posibilidad de que en el procedimiento negociado se pueda establecer un trámite previo de selección de contratistas orientado a limitar el número de licitadores.

2. La nueva Ley de recursos en materia de contratación pública: incidencia práctica

Tras la primera intervención, José María GIMENO FELLÍ expuso sus reflexiones respecto de la nueva configuración del recurso en materia

(6) En el Consejo de Ministros del 15 de octubre de 2010 se recibió el informe de la Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda sobre el Anteproyecto de Ley que adapta la Ley de Contratos del Sector Público a las singularidades propias de los ámbitos de la seguridad y la defensa.

de contratación pública efectuada a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Su ponencia se centró, principalmente, en dos apartados: de una parte, en las novedades que trae consigo esta importante modificación de la LCSP, y por otra parte, en los problemas prácticos y también organizativos que derivan de su aplicación.

El motivo de la reforma ha sido incorporar a la LCSP las prescripciones de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, en lo que se refiere a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, y así convencer a la Comisión Europea de cumplir con las obligaciones impuestas por parte de las «Directivas de recursos».

Recordemos, como lo hacen BERNAL BLAY, GALLEGO CÓRCOLES y MORENO MOLINA, que una de las novedades más importantes en la redacción original de la LCSP había sido precisamente el establecimiento, en su artículo 37, de un recurso especial en materia de contratación derivado de las obligaciones del Derecho comunitario (7). El propio legislador reconocía en la Exposición de Motivos de la LCSP que su finalidad no era otra que transponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-444/06. En esta sentencia se condenaba al Reino de España por no señalar en su legislación un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notificase la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración (8). Estas deficiencias se intentaron salvar con el citado recurso especial del artículo 37 LCSP; sin embargo, la solución dada por el legislador español no satisfizo a la Comisión puesto que, después de entrar en vigor la LCSP, declaró que esta Ley adolecía de las mismas insuficiencias que su prede-

(7) M. Á. BERNAL BLAY, «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 100, septiembre 2010; I. GALLEGO CÓRCOLES, «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto», que aparece publicado como adenda en la obra colectiva *Contratación del sector público local*, 2ª ed., La Ley – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, pp. XIX a LXXIII, y J. A. MORENO MOLINA, «La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, octubre 2010, pp. 1 a 29.

(8) Sentencia de 3 de abril de 2008, *Comisión/España*, C-444/06, Rec. p. I-2045.

cesora y, en este punto concreto, seguía sin adecuarse al Derecho de la Unión al no proporcionar a los licitadores no seleccionados los elementos necesarios para poder recurrir efectivamente la decisión de adjudicación ante un organismo independiente (9).

Una vez conocidos los motivos de esta reforma, el profesor GIMENO FELIÚ hizo un breve recorrido por las modificaciones efectuadas por la Ley 34/2010, a la vez que se refería a las carencias que encontraba en esta dicha regulación, como por ejemplo, el no contemplarse las causas de inadmisión del recurso especial en materia de contratación.

Entre los cambios más importantes llevados a cabo por la Ley 34/2010 destacan la refundición de la adjudicación en un solo acto desapareciendo con ello la dualidad entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva; la modificación de la regla tradicional según la cual los contratos se perfeccionan mediante su adjudicación, estableciéndose a partir de ahora que su perfeccionamiento tiene lugar con la formalización del contrato; asimismo, se incorporan a la LCSP nuevos supuestos especiales de nulidad contractual y finalmente, se produce una novedosa regulación del recurso especial en materia de contratación que ahora se recoge en un nuevo Libro, concretamente en el Libro VI de la LCSP.

Este recurso se configura como un recurso administrativo especial, que tiene carácter potestativo y cuyo conocimiento se atribuye a un órgano independiente y especializado de nueva creación en línea con el requerimiento de la Unión Europea acerca de establecer un cierto grado de autonomía entre el órgano revisor y el órgano de contratación.

En el caso de la Administración General del Estado se crea para tal fin, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, compuesto por tres miembros: un Presidente y dos Vocales (10). Se prevé igualmente la existencia de órganos análogos en el ámbito autonómico que, en caso de crearse, arrastra a sus entidades locales y a su Administración institucional; no obstante, la propia Ley anticipa que las Comunidades Autónomas puedan residenciar sus recursos ante el Tribunal Administrativo Central

(9) Noticias de la Comisión Europea de 8 de octubre de 2009 (IP/09/1466) y, más recientemente, de 3 de junio de 2010 (IP/10/682).

(10) En el BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2010, se publicaron los Acuerdos del Consejo de Ministros por los que se nombra Presidente de este Tribunal a D. Juan José PARDO GARCÍA-VALDECASAS y Vocales a Dña. Carmen GOMIS BERNAL y D. José Santos SANTAMARÍA CRUZ.

mediante la suscripción de un convenio con la Administración General del Estado. La creación de estos nuevos órganos administrativos y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan atribuir la competencia para la resolución de sus recursos al Tribunal Administrativo Central centraron el debate y el interés de los asistentes a este seminario que, posteriormente, se desplazó hacia los problemas que ocasiona la puesta en práctica del recurso especial en materia de contratación pública.

De esta manera, por parte de GIMENO FELIÚ se plantearon las dudas que genera que este recurso tenga carácter potestativo. En su opinión, dicho carácter potestativo conlleva un problema de inseguridad jurídica procesal en cuanto que supone la apertura de una doble vía de recurso, bien administrativo especial o bien jurisdiccional, para la impugnación de los acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación. Esta doble vía cuenta con distintos plazos para la interposición de estos recursos, que será de quince días para el recurso administrativo especial y de dos meses para el recurso contencioso-administrativo (11). Además de ello, y a diferencia de lo previsto, por ejemplo en el artículo 116.2 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC respecto del recurso potestativo de reposición, en el caso del recurso especial en materia de contratación no se prohíbe en ningún momento la interposición simultánea de este recurso y el contencioso-administrativo.

3. Problemas prácticos de los procedimientos y criterios de adjudicación de los contratos

Abundando en la necesidad de concretar aspectos esenciales de las Directivas sobre contratación pública, la ponencia de Isabel GALLEGO CÓRCOLES profundizó en un tema de gran interés práctico como es el de los procedimientos de adjudicación y la elección de los criterios que deben servir de base para adjudicar un contrato público.

En lo relativo a los procedimientos de adjudicación, la exposición se centró en el procedimiento negociado sin publicidad y en el procedimiento restringido. A este respecto, se recordó que el procedimiento negociado

(11) GIMENO FELIÚ ya se había pronunciado sobre la conveniencia de establecer este recurso como obligatorio y preclusivo en *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 351.

es considerado excepcional por cuanto que, al limitar la concurrencia, su utilización sólo es posible en los supuestos establecidos por la normativa contractual. En atención a esa excepcionalidad su régimen difiere de los procedimientos abierto y restringido y, en caso de contratos de escasa cuantía, incluso se posibilita que el órgano de contratación prescinda de la publicidad a lo largo del procedimiento sustituyéndose ésta por la invitación a presentar ofertas «al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible» (artículo 162.1 LCSP). A pesar de la literalidad de este artículo —y de la práctica habitual— la Junta Consultiva de Contratación del Estado ha considerado que el órgano de contratación debe atender la solicitud de participación y la presentación de ofertas por parte de aquellos operadores económicos no invitados previamente y, por ello, obliga al órgano de contratación a que formule la invitación, o bien acepte la oferta «siempre que las mismas hayan sido presentadas en tiempo hábil, considerado el estado del procedimiento, y reúnan los demás requisitos precisos para ser tomadas en consideración». La argumentación que sigue este órgano consultivo para llegar a esta conclusión se cimenta en los principios de la contratación pública, ya que entiende que si se niega a cualquier interesado que reúna las cualificaciones necesarias la posibilidad de acudir a una licitación se le puede estar dispensando por parte de los órganos de contratación un tratamiento no igualitario y discriminatorio contrario al Derecho de la Unión en materia de contratación pública (Informe de la JCCA del Estado 33/09, de 1 de febrero de 2010).

Respecto del procedimiento restringido, GALLEGO CÓRCOLES disertó sobre la obligación para el órgano de contratación de fijar un número máximo y mínimo de candidatos invitados a presentar sus proposiciones en este procedimiento contractual para garantizar una competencia real y efectiva. Planteó el interrogante sobre qué ocurre cuando el número de candidatos admisibles es superior al máximo fijado, o bien cuando no concurre el número suficiente de candidatos para que se alcance el límite mínimo de cinco establecido en la LCSP.

La ponente dio respuesta a estos interrogantes apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, de esta manera, sostuvo que, en el caso de existir un mayor número de candidatos habilitados para el contrato que el máximo fijado por parte del órgano de contratación, no existe la obligación expresa de que éste pondere los criterios de selección cualitativa, pero sí de que se respete, en todo caso,

una obligación de transparencia y de motivación de su actuación con el objetivo de controlar la imparcialidad y garantizar el respeto del principio de igualdad de trato entre todos los candidatos. En el supuesto contrario, es decir cuando el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado por la Ley, habrá que entender que el órgano de contratación ha garantizado la competencia real siempre que haya establecido las formalidades necesarias y aplicado correctamente los requisitos para acudir a dicho procedimiento, pues si fuera de otro modo, la necesidad pública a cubrir mediante la adjudicación del contrato, no podría verse satisfecha «no por falta de candidatos adecuados, sino por ser su número inferior al límite mínimo» (12).

Los criterios de adjudicación centraron la segunda parte de esta ponencia que comenzó distinguiendo entre lo que son «criterios de selección cualitativa» y «criterios de adjudicación», manifestando que los primeros se refieren a la verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores con arreglo a su capacidad económica, financiera, técnica y profesional, mientras que los criterios de adjudicación se ocupan de seleccionar la oferta más acorde a las necesidades del órgano de contratación. Esto supone que los criterios de selección cualitativa se centran en las cualidades personales y capacidades del futuro contratista, frente a los criterios de adjudicación del contrato que se refieren a las calidades de la obra, prestación o servicio que se ofrece o se pretende efectuar. Partiendo de esta importante distinción, se concluyó que los criterios relacionados con la experiencia de los licitadores y candidatos se refieren a su aptitud para ejecutar el contrato y no pueden, por tanto, servir de criterio de adjudicación.

Respecto de los criterios de adjudicación con un contenido social o medioambiental, se hizo alusión a la Resolución del Parlamento europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, que resalta el potencial de los contratos públicos como instrumento de política social y la gran importancia que reviste la contratación para la protección del clima y el medio ambiente, la eficiencia energética, la innovación y el estímulo de la competencia.

Las dudas que genera la utilización de la contratación pública como instrumento de política social o medioambiental se fueron disipando con

(12) STJCE de 15 de octubre de 2009, *Hochtief y Linde-Kca-Dresden*, C-138/08, Rec. p. I-9889.

la puesta en común de ejemplos, y también de distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que ha sido una realidad la incorporación de aspectos sociales y medioambientales en la adjudicación de un contrato público (13). También encontramos ejemplos en nuestro país como en el caso de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han regido los contratos de obras sujetos a la financiación del Fondo Estatal de Inversión Local, ya que entre los criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas se incluían diferentes elementos relativos al fomento del empleo (14). Otros ejemplos, sin embargo, no han gozado de una aceptación general como en el caso de los criterios de adjudicación relativos a la igualdad de género (15), si bien han sido admitidos por parte de los Tribunales después de señalar que su puesta en práctica requiere de su compatibilización con los principios que presiden la adjudicación de contratos públicos, es decir, concurrencia, igualdad de trato y no discriminación.

4. Contratación pública y Directiva de Servicios. Hacia la simplificación administrativa

Otra importante línea de debate en este Seminario se articuló respecto de la relación que existe entre las Directivas sobre contratación pública

(13) M. Á. BERNAL BLAY, «Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. monográfico sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, 2008, pp. 211-252 y T. MEDINA ARNÁIZ, «El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, mayo 2009, pp. 1015-1033.

(14) El artículo 9.3 del Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea el Fondo Estatal de Inversión Local, manifestaba que «para la adjudicación de los contratos financiados con cargo al Fondo, los Ayuntamientos tomarán en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo».

(15) El motivo concreto del recurso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 16 de junio, se basaba en la improcedencia de incluir entre los criterios de adjudicación del contrato un criterio denominado «de igualdad» que otorgaba hasta un máximo de 5 puntos —sobre un total de 100— a aquel licitador que presentase un mayor porcentaje de personal femenino fijo en el total de la plantilla, valorándose con 5 puntos al de mayor porcentaje, 0 puntos al de menor porcentaje y adjudicándose para los valores intermedios una puntuación proporcional, en T. MEDINA ARNÁIZ, «La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público [Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009, de 16 de junio]», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 794, de 11 de marzo de 2010.

y la Directiva de Servicios más allá de la coincidencia de haber sido elaboradas por el mismo comisario BOLKESTEIN. María Asunción SANMARTÍN MORA se encargó de iniciarnos en este tema con una ponencia que trató, principalmente, sobre los objetivos de simplificación y racionalización en los procesos de contratación pública a fin de eliminar cuantos obstáculos son susceptibles de tener un efecto disuasorio en los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros. La relación entre ambas normativas se aprecia en los objetivos que persiguen, ya que tanto el correcto funcionamiento del Mercado único como la simplificación administrativa son objetivos compartidos por el conjunto de las citadas disposiciones.

De esta manera, el objetivo de Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el Mercado interior —manifestado sin ambages en sus considerandos— es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre los Estados miembros. Para lograrlo, esta Directiva pretende suprimir todas aquellas formalidades y requisitos que resulten especialmente gravosos para el efectivo cumplimiento de estas libertades comunitarias. Las obligaciones de simplificación administrativa impuestas a los Estados miembros por la Directiva de Servicios, y, en particular, en sus artículos 5 y 8, incluyen la obligación de simplificar los procedimientos y trámites aplicables al acceso a actividades de servicios y su ejercicio, así como la obligación de garantizar que los prestadores de servicios puedan realizar fácilmente dichos procedimientos y trámites a distancia y por vía electrónica, a través de las Ventanillas Únicas. Asimismo, esta Directiva dedica un importante Capítulo a la cooperación administrativa, en virtud de la cual las autoridades competentes nacionales, regionales o locales de todos los Estados miembros deben prestarse asistencia recíproca de forma directa y a escala transfronteriza con el objeto de evitar la multiplicación de los controles y garantizar una supervisión eficaz de los proveedores de servicios (artículos 28 a 36).

En el ámbito de la contratación pública, la supresión de las cargas burocráticas y las exigencias de simplificación administrativa están relacionadas principalmente con la fase de selección del contratista. Así, si un Estado miembro quiere ajustarse a los parámetros de legalidad impuestos para el efectivo cumplimiento de las libertades de la Unión, no debe exigir a los licitadores y candidatos unas cualidades profesionales relativas a sus capacidades que resulten desproporcionadas en relación con el objeto contractual, o bien que impliquen una excesiva carga burocrática que llegue

de *facto* a obstaculizar, disuadir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades comunitarias, puesto que el artículo 49 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se opone a cualquier medida nacional de este tipo, aun cuando ésta sea impuesta sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad al aplicarse también a los propios nacionales.

Por ello, entre las soluciones propuestas por la ponente para lograr una mayor simplificación administrativa y también para suprimir aquellas medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el licitar en nuestro país, se encuentran las siguientes: eliminar los requisitos de admisión para poder participar en un procedimientos de adjudicación de contratos que están vinculados a la adopción de formas jurídicas obligatorias o a la obligación de disponer de una oficina abierta al público en la localidad donde se licita; rechazar la clasificación obligatoria de los contratistas una vez que el contrato supera ciertas cuantías económicas; evitar las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, de manera que se pueda sustituir la presentación de los documentos que verifican la aptitud de los candidatos y licitadores por declaraciones responsables; no exigir documentos originales o copias o traducciones compulsadas; interconectar los Registros de licitadores para evitar las duplicidades documentales y, por último, desarrollar sistemas de contratación pública electrónica.

5. Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos

En el debate sobre las novedades en la LCSP impuestas desde el Derecho de la Unión y las medidas adoptadas con motivo de la crisis económica nos encontramos con la ponencia de Miguel Ángel BERNAL BLAY.

Su intervención estuvo centrada en la fase de ejecución de los contratos, y más concretamente en los cambios acaecidos con motivo de las nuevas exigencias de pago del precio al contratista por parte de la Ley 15/2010, de 5 de julio, y en las reformas que se intuyen en relación con la potestad de modificación contractual que están previstas en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible.

Estas modificaciones presentes y futuras están también relacionadas con nuestras obligaciones como Estado miembro, pues aunque es cierto

que la fase de ejecución contractual no despierta el interés de las Directivas sobre contratación pública, el Derecho de la Unión, no se encuentra ajeno a la problemática que suscita esta fase contractual. El interés es patente por cuanto que las dificultades de los entes públicos para financiar sus contratos disuade a los operadores económicos de participar en los procedimientos de adjudicación contractual y como consecuencia de ello, no sólo se falsea de competencia y se perjudica el correcto funcionamiento del Mercado único, sino que además se reduce la capacidad de los poderes públicos para proceder a un uso eficiente de los recursos públicos (16). Asimismo, las modificaciones sustanciales de las condiciones del contrato con posterioridad a su adjudicación han sido consideradas, por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contrarias al espíritu de las Directivas de contratos por cuanto suponen una vulneración de los principios de igualdad de trato y de no discriminación que rigen la fase de adjudicación contractual (17).

En relación con esta prerrogativa de modificación contractual, BERNAL BLAY apuntó que los cambios que se prevén por el Proyecto de Ley de Economía Sostenible son consecuencia tanto de las medidas previstas para la mejora de nuestro entorno económico, como del procedimiento por incumplimiento iniciado por la Comisión Europea contra el Reino de España, una vez constatada que es una práctica habitual de la contratación dentro de nuestras fronteras las modificaciones sustanciales de los contratos sin que se lleve a cabo una nueva adjudicación del contrato. Y es que, la Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP, no respeta los

(16) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de refundición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000), COM (2009) 126 final, de 8 de abril de 2009, DOUE C 255, de 22 de septiembre de 2010.

(17) Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, «la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial», en la sentencia de 19 de junio de 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartados 35 a 37.

principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en la Directiva 2004/18/CE, puesto que otorga a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca (18).

Por todo ello es que se proyecta una nueva modificación de la LCSP con el objetivo de adaptar esta Ley al Derecho de la Unión. Así, en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible se formula la reforma de la LCSP añadiendo un nuevo Título V al Libro I (artículos 92 bis a 92 quinquies) que señalan las circunstancias en las que la modificación de un contrato debe considerarse de tal entidad que debiera procederse a una nueva adjudicación contractual. Sólo se admitirán modificaciones del contrato en los casos en los que así esté previsto en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y en aquellos supuestos tasados *ex lege*, sin que la modificación pueda alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación.

Respecto del pago del precio en los contratos públicos podemos mencionar que ésta es la principal obligación que deben cumplir los órganos de contratación frente al contratista. Esta obligación debe hacerse efectiva en determinados plazos, si bien la realidad nos muestra cómo resultan habituales los retrasos a la hora de hacer frente al cumplimiento de esta obligación. Evitar dichos retrasos ha constituido desde antiguo una tradicional reivindicación cuando se alude a la reforma de la legislación contractual; sin embargo, en estos momentos de crisis económica luchar contra la morosidad se ha planteado como una reforma necesaria, puesto que es un hecho cierto que las demoras en el pago de las facturas vencidas reducen la liquidez de las empresas y complican su gestión financiera. Además, los retrasos en los pagos pueden provocar la quiebra de empresas viables y causar, en el peor de los escenarios, una serie de quiebras en toda la cadena de suministro.

A fin de evitar estas situaciones, la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modifica la LCSP reduciendo a treinta días el plazo máximo

(18) Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009 (IP/09/1752).

del que disponen los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público —y no sólo las Administraciones públicas (19)— para abonar al contratista el precio del contrato, antes de que éste tenga derecho a exigir el correspondiente interés de demora y la indemnización por los costes del cobro; no obstante, y como matizó BERNAL BLAY, la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sólo es exigible a partir del 1 de enero de 2013, puesto que hasta entonces se ha establecido un calendario progresivo de implantación para el abono del precio, de manera que, desde la entrada en vigor de la Ley y hasta el 31 de diciembre de 2010, el plazo máximo en el pago queda establecido en cincuenta y cinco días; entre el 1 de enero del 2011 y el 31 de diciembre del 2011, el plazo máximo de pago se establece en cincuenta días; del 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo máximo de pago será de cuarenta días, y, por último tal como se ha indicado anteriormente, a partir del 1 de enero del 2013 el plazo máximo de pago será de treinta días.

II. EL ESCENARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ACTUAL CONTEXTO DE CRISIS ECONÓMICA

En la última de las intervenciones en este Seminario, José Antonio MORENO MOLINA expuso los dos modelos que se han adoptado en la normativa española de la contratación pública como consecuencia del impacto

(19) Con una deficiente técnica legislativa se aborda, por parte de la Ley 15/2010, la cuestión relativa a los sujetos obligados por estos nuevos plazos de abono del precio al contratista; y es que, en su artículo tercero, al modificar el apartado 4 del artículo 200 de la LCSP, se refiere únicamente a la Administración, mientras que en su artículo primero al reformar el artículo 2.b) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, considera Administración «a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». Desde el Derecho de la Unión también encontramos argumentos que refuerzan la idea de un ámbito de aplicación amplio, y es que, en el momento actual se está modificando la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y entre las cuestiones que se pretenden modificar se encuentra la relativa al pago en los contratos públicos, de manera que se propone el establecimiento urgente de una norma que obligue a los poderes públicos a pagar sus facturas en un plazo máximo de 30 días naturales, considerando que son poderes públicos los poderes adjudicadores tal como se definen en la Directiva 2004/18/CE.

de la crisis económica. Primero se detuvo en analizar un modelo de estímulo, es decir, de incremento en el número de licitaciones públicas con la finalidad de reactivar la actividad empresarial, y seguidamente aludió al actual modelo de contención del gasto público y de ajustes presupuestarios dentro del compromiso europeo con la estabilidad presupuestaria.

La exposición dio comienzo afirmando que la contratación pública constituye un poderoso instrumento de política económica en atención al elevado volumen de recursos que compromete, ya que según los últimos datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo (20). Este porcentaje en el gasto público ha supuesto que la contratación pública no sea entendida únicamente como una forma de aprovisionamiento, sino también como un instrumento de política económica que puede contribuir a la consecución de otros fines o políticas públicas como puede ser la lucha contra el desempleo (21).

Partiendo de esta idea, MORENO MOLINA presentó el primer tipo de medidas que se adoptaron para frenar el incremento del número de desempleados en nuestro país. Concretamente se refirió a la puesta a disposición de las entidades locales —en el marco del conocido Plan E— del Fondo Estatal de Inversión Local dotado con 8.000 millones de euros y del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local dotado con 5.000 millones de euros, para que mediante la financiación de obras de nueva planificación y ejecución inmediata, se contribuyese a la reactivación de la economía y a la reducción del desempleo (22).

(20) Son datos extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf [fecha de consulta: diciembre 2010].

(21) Acerca de la visión instrumental de la contratación pública, puede consultarse J. M^º GIMENO FELLÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 16 y 17.

(22) Sobre el Plan E y sus efectos en la contratación pública, J.A. MORENO MOLINA, «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto-Ley 9/2008 por el que se crean un Fondo estatal de inversión local y un Fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 83, febrero 2009. También, J. M^º GIMENO FELLÚ, «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55.

Meses más tarde, y después del abultado déficit público registrado en España en 2009 (11,4% PIB), las medidas se tornaron restrictivas para con respecto al gasto del conjunto de las Administraciones públicas. Así, el Gobierno aprobó a principios de este año el Programa de Estabilidad y el Plan de Austeridad 2010-2013 que recoge el compromiso de reducir progresivamente el déficit público, hasta alcanzar el 3% PIB en 2013 que exige el Pacto europeo de Estabilidad y Crecimiento.

Mediante el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se recorta el gasto público y se concretan las medidas aplicables a la contratación pública con el propósito de que no se vea comprometido el principio de estabilidad presupuestaria. Entre las medidas incluidas en este Real Decreto-Ley que afectan a los contratos en el ámbito del sector público estatal se encuentran las siguientes: se señala la obligatoriedad de emitir un informe por parte del Ministerio de Economía y Hacienda antes de autorizar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como un contrato de concesión de obra pública cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros y se prevé la adquisición centralizada del suministro de medicamentos y productos sanitarios con miras al ahorro del Sistema Nacional de Salud.

Entre las medidas que aún están por adoptar, MORENO MOLINA expuso las que se recogen en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, por las cuales se impulsa el instrumento de la colaboración público privada en línea con lo dispuesto por el Plan Extraordinario de Infraestructuras; se fomenta la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública; se aumenta el límite máximo de subcontratación que se puede exigir a los contratistas hasta el 50% y se limita, como hemos visto con anterioridad, la posibilidad de modificación del contrato.

A modo de reflexión final podemos señalar que los objetivos perseguidos con la celebración de este seminario se vieron cumplidos sobradamente. Del debate y de la reflexión se extrajeron las conclusiones con las que aproximarnos a las novedades que presenta la LCSP y nos prepararon para las que están por venir.

CRÓNICA DEL CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL «GLOBALIZACIÓN, RIESGO Y MEDIO AMBIENTE» (Universidad de Granada, del 3 al 5 de marzo de 2010)

ALEJANDRO GARCÍA ABAD

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DERECHO Y GLOBALIZACIÓN.– III. DERECHO Y RIESGO.– IV. DERECHO Y MEDIO AMBIENTE– V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Con el título «Globalización, Riesgo y Medio Ambiente», tuvo lugar la celebración de un Congreso Jurídico Internacional, como actividad destacada dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ 2012, sobre «Protección jurídica del Medio Ambiente». Éste se llevó a cabo en la Sala de Conferencias, dentro del Complejo Administrativo Triunfo, de la Universidad de Granada y se desarrolló en sesiones de mañana y tarde, durante los días 3, 4 y 5 de marzo de éste año, tras las cuales se sucedieron sendos debates de conjunto. A dichas sesiones acudieron, junto a los ponentes, decenas de participantes: profesores, académicos de diferentes ramas científicas, profesionales y alumnos todos, de un gran número de universidades e instituciones.

Tal y como se anunció en su presentación, la finalidad del mismo era la de constituir un foro multidisciplinar de especialistas, que abordase la problemática ante el fenómeno globalizador actual, la sociedad del riesgo y su especial incidencia en el medio ambiente. Dichas materias se agruparon, desde la óptica del Derecho, en tres bloques generales que coinciden con los epígrafes de esta crónica y, a su vez, con el orden temporal en que se abordaron los temas:

El día 3 de marzo, se trató la cuestión relativa a la función del Derecho frente a la globalización, como fenómeno estructural en el mundo actual, vinculada al medio ambiente y a la crisis económica internacional.

El día 4 de marzo, se analizaron los retos e implicaciones que los riesgos generados por el desarrollo científico y tecnológico plantean al Derecho, contextualizándolo en la llamada sociedad del riesgo.

Y el día 5 de marzo, se dedicó enteramente a la relación del Derecho y el Medio Ambiente, analizándola en torno a su fiscalidad, aseguradoras y las responsabilidades derivadas por riesgos y daños ecológicos.

II. DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

Precedido de un prometedor acto de inauguración, el congreso comenzó con la ponencia de un gran especialista y precursor del derecho ambiental en Europa, Michel PRIEUR.

Con el título «*La necesidad de un estatuto internacional de los desplazados ambientales*», el profesor PRIEUR abordó la temática de la globalización, desde la óptica de los afectados por las catástrofes ecológicas. Nos situó, inicialmente, en un contexto normativo internacional que no da respuesta a esas personas y razonó las carencias de la Convención sobre el estatuto de los Refugiados, realizada en Ginebra el 28 de julio de 1951. Expuso las especificidades de este nuevo concepto acuñado para su proyecto, los desplazados ambientales (generados por las catástrofes ambientales, ya sean artificiales o naturales), desmarcándose así de la definición de refugiados ambientales.

El ponente realizó una presentación de la gran diversidad de catástrofes ecológicas, clasificadas en torno a cuatro bloques principales: 1– La degradación progresiva del medio (desertización, erosión, aumento del nivel del mar, etc.); 2– Catástrofes tecnológicas (ej.: Bhopal 1984, Chernobil 1986); 3– Catástrofes naturales (tsunamis, terremotos, erupciones volcánicas, huracanes, inundaciones, corrimientos de tierra, ...); 4– Desplazados por políticas ambientales (obligados por plantaciones, deforestación amazónica, tribus autóctonas, etc.). En la que hizo alusión obligada a los recientes sucesos catastróficos en Haití y Chile.

Tras una serie de datos estadísticos y numéricos que daban idea de la trascendencia de un problema creciente y acuciante que afecta ya a más de 36 millones de personas (Datos 2008: Informe ONU, 22 Sept. 2009), estableció los motivos y fundamentos del «Proyecto de convenio relativo al estatuto internacional de los desplazados ambientales».

Estos motivos son entre otros: la necesidad de aplicar el estatuto a grupos y no solo a individuos (como en Ginebra 1951), la sola existencia de «soft-law» al respecto de los desplazados y la realidad de que muchas veces los desplazados no salen de sus países. Fundamentó su propuesta en los principios 27 y 18 del Convenio de Río de 1992 (solidaridad y ayuda humanitaria), en la interpretación de 1997 del Pacto internacional de 1966 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre asistencia a desplazados. Si bien reconoció la existencia de iniciativas en el marco internacional, por parte de la comisión de derecho internacional en la ONU, la Unión Africana y el consejo de Europa, las calificó de excesivamente lentas e ineficaces ante eventuales situaciones de catástrofe.

A través del mencionado proyecto de convenio, establece una serie de objetivos como: garantizar los derechos humanos de los desplazados, la aplicación universal del futuro estatuto, organizar la solidaridad internacional (Principio 27 de Río) y dar un contenido efectivo al derecho a la vida. Para alcanzarlos, propuso una serie de obligaciones estatales (como la de acogida y no discriminación), estableciendo responsabilidades comunes, pero diferenciadas, de los estados. Éstas habrían de llevarse a cabo por medio de mecanismos procesales (ej.: para atribuir o negar la condición del estatuto) y otro mecanismo internacional de control y garantía del sistema, para que los desplazados se vean beneficiados por el estatuto.

Adelantándose a las críticas de los políticos a sus propuestas de institucionalización, justificó la necesidad de la existencia de burocracia internacional, pues es la base del derecho internacional, sin la cual no existiría.

Por último, nos informó acerca de la difusión y trabajos en torno al proyecto, así como de sus posibles desarrollos futuros, antes de concluir señalando la necesidad de un enfoque global para abordar el problema, haciendo hincapié en las instituciones orientadas hacia la efectividad del convenio y en propiciar sinergia internacional.

Enlazando con la anterior ponencia, José JUSTE RUIZ expuso «*El derecho internacional frente a los riesgos ambientales globales*». Bajo este título recogió una radiografía del estado de la cuestión en tres bloques argumentales: 1- El medio ambiente como patrimonio global. 2- Factores de divergencia y factores de cohesión. 3- Nuevos principios, conceptos y técnicas.

En el primer bloque, expuso la idea de que el medio ambiente está interconectado. Se trata de una biosfera única y amenazada, y no es un bien local. El hecho de que los estados soberanos parcelen el medio ambiente, deja como única solución la cooperación internacional (Conferencia de Estocolmo sobre medio humano). Más aún cuando existen territorios estatales, pero también «global commons» (territorios sin dueño como alta mar, los fondos marinos, la atmósfera, etc.) y situaciones de contaminación transfronteriza, en las que se exportan los riesgos de contaminación propia a países terceros (industrias desplazadas). Estos hechos dan lugar a unas características de los problemas globales (lluvia ácida, contaminación a distancia, o el deterioro de la capa de Ozono) que los hacen muy complejos, pues a veces es difícil dirimir la causa concreta, son catastróficos y aleatorios en cuanto a quien los sufre y generan daños colaterales (crisis de alimentos, económicas, posicionamiento ante la crisis en el proceso de desarrollo, pandemias, etc.).

Dentro del segundo bloque, señaló realidades que afectan a esa cooperación internacional: el mal reparto e insuficiencia de los conocimientos científicos, la disparidad de desarrollo económico (deuda histórica, limitaciones ambientales al desarrollo, etc.) y los problemas de interés político (ausencia de reciprocidad, dominación y cooperación necesaria) de forma divergente. Y por otro lado, factores de cohesión por un resultado unívoco ante los problemas globales, como el principio de solidaridad, y la imperante necesidad, pues el planeta nos afecta a todos (interés común de la humanidad).

Por último, concluyó resumiendo las tendencias del derecho internacional, en su lucha frente a los riesgos ambientales globales: generalización del deber de proteger (ej.: Convenio de Derecho del Mar en Art. 192 como pionero), el principio de precaución que excluye la pasividad ante peligros graves con falta de certeza científica (recogido en Río, Art. 15), las responsabilidades diferenciadas entre países desarrollados respecto de aquellos en desarrollo o subdesarrollados (Río, Art. 7, motivos éticos y pragmáticos: deuda histórica por su desarrollo a costa del medio ambiente, son quienes tienen la ciencia y el dinero); y el uso de instrumentos económicos y de mercado (Río, Art. 12, Protocolo de Montreal, Comercio de derechos de emisión-Protocolo de Kioto, Art. 17).

En la siguiente mesa, FABRIZIO FRACCHIA abordó «*El estatuto mínimo del derecho de la sostenibilidad en la era de la globalización*». Con dicho

título elevó el debate a un plano más abstracto y filosófico, aportando una visión crítica, sobre la eventual utilización del concepto «sostenible» para demasiados frentes. Lo que se aleja del concepto inicial, acuñado por el informe de O.H. BRUNDTLAND, y sistemáticamente hace que el derecho ambiental, se convierta en el derecho de la sostenibilidad.

Para el profesor FRACCHIA, el desarrollo sostenible no se puede obtener dentro del mercado, sino de manera externa a él, al no ser una cuestión que competa únicamente a los economistas, ya que los bienes a proteger están fuera del mercado (la naturaleza). Señaló los puntos de conexión entre desarrollo, medio ambiente y ética, planteando postulados que se alejan del antropocentrismo: no puede existir un derecho subjetivo al medio ambiente ya que se trata de algo superior, un deber universal de protección, un deber frente a las generaciones futuras. Partiendo de esto, la finalidad del Derecho Ambiental, es en realidad una protección de la especie humana.

Afirmó que hay que buscar un paradigma para resolver los problemas y no cambiar la realidad para darle solución (basándose en KUHN y LAKATOS). Dicho paradigma, parte de un núcleo político, jurídico y metafísico (ético), que solo puede cambiar con una verdadera revolución científica. Y, si es el momento del cambio del paradigma de desarrollo, ¿cuál es el faro o la referencia ética?. Critica el contractualismo, el deontologismo y las pautas éticas. ¿Quién es el hombre sabio, el más justo? En la jerarquía actual, es el político, pero ¿debería ser el científico o el técnico?

Tras su argumentada exposición, consideró que la sostenibilidad es un proceso progresivo. Y, en la coyuntura actual, tenemos una oportunidad histórica para establecer normas estatales, resultado de debate y reflexión sobre las relaciones entre derecho, ética, tecnología y política. Normas que colmaten las lagunas del hombre sabio, de forma que el derecho complete e invada la ética, la tecnología y la política, en un marco de aplicación que parta de las evaluaciones de impacto ambiental, como base hacia toda la actividad administrativa y llegue a establecer la responsabilidad del jurista vinculando al poder político.

Terminó estableciendo su visión de la evolución próxima, desde el medio ambiente hacia el derecho de las generaciones futuras. Resumiendo: «Environment + Equity + Economy» (No se puede considerar el futuro sin ver el presente).

A continuación, Eugenio LLAMAS POMBO, defendió en su ponencia «*Globalización, daño ecológico y responsabilidad civil*», la alternativa del derecho civil al derecho penal y administrativo. Planteó la proximidad y solución inmediata, proporcionada por el derecho civil, como alternativa al fracaso de las otras ramas del derecho pues, según él, cada uno tiene derecho a defender su propio medio ambiente con una defensa directa.

En su exposición abordó en un primer momento los «leading case» en la jurisprudencia sobre daño ecológico y, posteriormente, hizo un estudio de las acciones colectivas e individuales frente a los daños ecológicos, para afirmar que el derecho de daños, es la piedra angular de la defensa ambiental.

Más adelante caracterizó la responsabilidad ambiental, señalando los inconvenientes principales: daños específicos (son difusos, colectivos, continuados, etc.), sujetos pasivos indeterminados (¿contra quién hemos de dirigir las acciones?), víctimas indeterminadas (ej.: Caso Prestige), complejidad de la imputación (aproximación a la responsabilidad objetiva). Para más tarde, analizar los tipos de tutela judicial frente a los daños, y su efectividad: la tutela resarcitoria y la preventiva (que no es responsabilidad civil pura, sino que opera ex post facto) o la inhibitoria, que habría que implementar procesalmente dado su carácter de materia atípica.

El ponente finalizó su exposición, haciendo una crítica a la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental, considerando que quiere separarse de la responsabilidad civil clásica (Art. 5), y produce pocos resultados. Para LLAMAS POMBO, se ha pasado del principio de «quien contamina paga» a «quien paga, contamina» pero «quien sufre el daño, no cobra».

Concluyó el intenso primer bloque, un interesante debate, donde se abordaron las cuestiones más controvertidas de las ponencias. Entre ellas, se destacó el análisis económico y la incapacidad de resarcir de las empresas, como presupuesto de los seguros de responsabilidad civil frente al daño ambiental y la figura del hombre sabio decisor. Tras un receso para el almuerzo, se dio paso a la tercera y última mesa del día.

José EDUARDO FARIA, comenzó con su ponencia «*Muchas dudas y pocas certezas: el Derecho después de la crisis financiera*». Con una gran visión de conjunto, desde una perspectiva económica y jurídica y tras su labor de síntesis, planteó su particular punto de vista, sobre los problemas globales que no han visto solución hasta la fecha, y los diferentes escenarios que

plantea la doctrina universal, para dar respuesta a dichas situaciones en la realidad.

Tras introducir la globalización desde el descubrimiento de América hasta nuestros días y reseñar los profundos cambios en la vida económica y social, señaló diversos problemas que, según él, han generado los cambios: la desnacionalización de la economía (pérdida de control político estatal de la economía mediante regulación), la ruptura del binomio poder económico-estado territorio (el control económico pasa a los peritajes macroeconómicos), la fuga de los tribunales a la autoregulación de los operadores y el arbitraje, los grandes movimientos empresariales (desplazan la producción del derecho de los juristas a los economistas), la deslocalización del conocimiento jurídico y, por último, una profunda crisis de identidad del derecho (la garantía jurídica es vista por el jurista como una conquista y por el economista como un coste, hay una situación fáctica que supera a los juristas y modelos tradicionales).

Para finalizar, ante los escenarios planteados por la doctrina jurídica y su crítica (1- Modelo kantiano que enfatiza el derecho mundial y el derecho universal de los pueblos, 2- Modelo europeo, de expansión de bloques regionales; 3- Modelo populista neorepublicano de un estado fuerte; 4- Modelo de autorregulación, derecho sin Estado, 5- Modelo de fuerte y estricta regulación estatal), el profesor FARIA estableció algunas soluciones, entre las que destacan: establecer un piso social con una renta mínima y un techo económico, incentivando el mercado y dejando variar esas líneas en época de crisis o bonanza; la salida de un modelo rousseauiano y keynesiano, hacia un estado más enjuto pero de intervención efectiva; y, finalmente, la búsqueda de un diálogo interdisciplinar, que elimine la imposición económica.

El siguiente ponente fue Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU, quien volvió a plantearse los modelos actuales de soberanía, desde la democracia, el concepto de estado y los sujetos de derecho internacional. El profesor Jáuregui planteó su ponencia, con título «*El Estado, la soberanía y la constitución en la era de la globalización*» en base a nuevas variables de la globalización: la ampliación del espacio y la aceleración de tiempo y transformación.

Consideró que es necesario un nuevo contrato social, que acoja estas variables de manera intergeneracional y espacialmente ilimitado. Por ello, se planteó la creación de un sistema supraestatal o incluso global, que

funcionase por gobernanza de los sectores y no con límites territoriales como los gobiernos soberanos, para garantizar los visos democráticos. Según el ponente, la red de organismos internacionales que ha proliferado los últimos tiempos (agencias supraestatales, fundaciones, ONG's, agencias de control, etc.), elimina la legitimidad democrática bajo la apariencia de apoliticidad, pues deciden y ocupan los centros materiales vitales de la sociedad obviando a los gobiernos (Citando a Ullrich BECK en «Parapolítica»).

Por último, abogó por la adaptación de los estados a la nueva situación, frente al triunfo definitivo de la autorregulación del neoliberalismo. Para lo cual, habría que modificar el concepto clásico de soberanía, relocalizando a los estados en el nuevo orden transnacional.

La última ponencia del día «*Crisis económica y Derecho penal en la era de la globalización*», la presentó Fermín MORALES PRATS. En un contexto financiero en crisis y fraudulento, el derecho penal en expansión no resolverá nada. Permite generar «slogans», pero no aporta reformas sustanciales.

En síntesis, así comenzó su presentación, después de contextualizar la crisis en el entorno financiero (Crack del 29, efecto 2000, reacción negativa de los estados, etc), señalando los puntos clave de precedentes como Enron Corporation, Gescartera, etc. El profesor MORALES PRATS criticó la actuación y funcionamiento de la CMNV (estatuto y estructura funcional, indefensión frente a los poderes privados) y no su existencia. Puso como modelo de funcionamiento a la Comisión Nacional de Seguros, considerando que antes de saltarse el Estado, hay que reorganizarlo. Señaló también la connivencia de tasadoras y bancos, resumiendo que «el problema surge porque los agentes guardianes del orden, son los guardianes del desorden» y añadió otro aspecto relevante: que la base social es desconfiada de la crisis, y se aleja de los «criptolenguajes».

Como punto y aparte en su exposición y para concluir, se refirió al proyecto de ley de reforma del Código Penal, que reforma y crea nuevos delitos económicos, basándose en las recomendaciones europeas; y, principalmente, a la nueva responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Para el ponente, no se sabe en que se fundamenta la responsabilidad. Considera que se dejan lagunas respecto a las reglas de determinación de las penas para las personas jurídicas, no se plantean eximentes y las medidas cautelares no suspenden las actividades sociales que conducen al

delito. Se preguntó: ¿Cómo se medirá la responsabilidad de los directivos y de la organización empresarial que los habilita? Asimismo criticó la falta de adaptación al sistema judicial actual (los juzgados de instrucción carecen de un cuerpo de peritos al respecto) y las excepciones a la responsabilidad de personas jurídicas (Estado, AA.PP., Empresas Públicas, Partidos Políticos, Consorcios, Sindicatos, etc.) pues también son puntos de corrupción y no tienen razón de ser.

Para terminar la jornada, los profesores GURUTZ JÁUREGUI, FARIA y MORALES PRATS debatieron en conjunto cuestiones referentes al modelo de desarrollo y la estructura de poder y funcionamiento global, y la crisis económica como elemento limitador del desarrollo en los esquemas planteados, incluyendo el debate sobre las excepciones del poder público, supuesto ejemplo y vía de escape de la responsabilidad personal.

III. DERECHO Y RIESGO

El segundo día comenzó con las ponencias de José ESTEVE PARDO y el alemán Stefan MAY. Ambos abordaron la temática del riesgo, la sociedad del riesgo y las implicaciones del desarrollo tecnológico para el derecho, planteando sus especificidades y su relación con el derecho desde diferentes perspectivas.

El primer orador fue el profesor ESTEVE PARDO, con el tema «*Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido*». Introdujo el origen de las teorías del riesgo como cuestión jurídica y habló de las operaciones que realiza el Derecho frente al riesgo.

En primer lugar, la decisión sobre el riesgo se establece sobre los riesgos permitidos o asumidos y la distribución de riesgos. Parte de la hipótesis de que no existe el «riesgo cero», por tanto las decisiones se plantean siempre en términos de opción. Si bien el derecho penal fue pionero en las teorías del riesgo permitido, la ponderación entre alternativas de riesgo y la decisión sobre el riesgo permitido, es política y se trata de cuestiones normativas. Afirmó que ya hay normas que se pronuncian y resuelven la distribución de riesgos (entre productores y consumidores, entre administración y ciudadanos y entre medio natural, administración y particulares, o incluso sobre distribución territorial del riesgo: centrales nucleares).

El ponente reflexionó sobre el papel del legislador, la constitución y la unión europea en esta cuestión, llegando a la conclusión de que éstos, son insensibles al riesgo. Evidencia de ello es que, actualmente no se plantea de manera expresa en ningún texto jurídico. El desarrollo legislativo y jurisprudencial ha ido en contra del riesgo con la afirmación del principio de precaución. Solamente se ven atisbos de asunción de riesgo, respecto a la libertad de empresa o la innovación responsable.

La valoración del riesgo ha de ser constatada (lo cual genera costes), ha de partir de la ciencia. Por tanto, se trata de ponderar entre dos grandes poderes: la ciencia organizada y el derecho. En este punto, el profesor Esteve Pardo, concretó una cadena de prelación en la decisión sobre el riesgo permitido, correspondiendo al legislador, en primer lugar, seguido de la distribución de riesgos, luego la calificación y la gestión del riesgo.

Finalmente señaló los 3 procedimientos de ponderación actuales: 1- El análisis de los diferentes riesgos (evaluaciones de impacto ambiental), 2- La función correctora que valora el impacto de esas decisiones sobre el riesgo, y 3- Los procedimientos prospectivos: al autorizar las actividades valoradas, se generan riesgos nuevos (conocidos, o desconocidos). Todo ello para concluir remarcando la dificultad en la toma de estas decisiones públicas, dada la complejidad técnica y la independencia económica de los operadores y su autorregulación, que limitan la efectividad del legislador.

Stefan MAY, sociólogo e investigador de la Universidad Ludwig-Maximilians de Múnich, trató «*La función del Derecho en la sociedad del riesgo contemporánea. Algunas observaciones con un propósito sistematizador*», de manera complementaria a la ponencia anterior. Su punto de vista parte de una investigación que busca indagar en las interrelaciones de la gobernanza: entre el poder público, los medios de comunicación y los operadores sociales. Respondió a la pregunta: ¿Cómo incide la sociedad del riesgo en el derecho? Examinando la cuestión en un contexto transnacional y cosmopolítico (citando a Ulrich Beck), atendiendo más a la sociología, que a lo jurídico.

MAY estableció que, en la sociedad actual, la regulación del riesgo y su desarrollo han sido muy altos, siendo la industria aseguradora la gran beneficiada del proceso. A día de hoy, la sociedad del riesgo ha encontrado fórmulas para afrontar un problema, que está presente en cada parte de lo social, y se espera que éste, sea cuantificado por el saber. Pero

el ponente diferencia claramente entre los riesgos propios, derivados de accidentes naturales y los riesgos globales antropológicos, que dependen de las decisiones humanas (ej.: crisis financiera). Por tanto, ¿es mensurable el riesgo general que nos rodea?, ¿queremos hacerlo? Como respuesta afirmó que, si el riesgo es cuestión prioritaria, la decisión corresponde a todos y afecta a un futuro posiblemente inseguro. La gobernanza ha de aunar a los medios y los operadores sociales, para que el poder del derecho se expanda desde la política y genere una responsabilidad global de los operadores.

Asimismo, el profesor MAY teorizó sobre el riesgo, diferenciando entre los riesgos reales y los hipotéticos o predecibles, pues se han de valorar de forma abstracta y no empírica como los reales. Afirmó que el origen y cuantificación del riesgo son muy complejos (citando a Charles PARROW), pues traspasan fronteras y cada uno es diferenciable, lo cual genera una paradoja, pues resulta difícil coincidir en la decisión sobre el riesgo de manera que agrade a todos.

Para el ponente, la seguridad no depende de la flexibilidad del orden jurídico, sino de los medios de protección y prevención de los daños al ciudadano. La restitución del daño es un medio pero no una solución, pues hay daños incensurables, por lo que se ha de terminar con el origen.

Por último, el profesor MAY se planteó la estabilidad del *statu quo* en relación a las generaciones futuras. Volviendo a señalar que la motivación frente al problema, ha de ser la responsabilidad y no cuestiones de legitimación o de poder. Por ello aseveró que, el destino de la ciencia, está en resolver los métodos de conservación de la seguridad, materialmente insuficientes en la actualidad y, en general, a través de un cambio de perspectiva de lo racional a lo real, en definiciones multilaterales, que son la base del trabajo común. Si el derecho termina aquí o no, dependerá para MAY, de su capacidad para definir y asumir los nuevos modelos de riesgo y dirimir la frontera entre lo legal y lo ilegal, superando el modelo jurídico tradicional que ha demostrado no servir.

A continuación Jesús I. MARTÍNEZ GARCÍA, por medio de su ponencia «Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann», llevó el concepto de riesgo a un plano más abstracto y teórico que los anteriores ponentes.

Para el ponente, el riesgo consiste en un modo de observar, un instrumento de análisis, que entraña a su vez riesgos. Estamos hipersensibilizados

ante el riesgo y hay que aprender cómo observarlo. Se trata de algo que hay que construir como problema, no un hecho, y para ello, hacen falta contrastes. Esos contrastes son analizados por Luhmann en esquemas de riesgo.

El primer contraste es la tensión riesgo-seguridad: la seguridad no es la solución al riesgo, sino parte del riesgo. Cada riesgo se reduce con otro riesgo. La seguridad es un concepto límite que se desplaza en función del riesgo. Solo se pueden tomar soluciones arriesgadas y cuanto más racionalidad hay, más riesgos se conocen. No se trata pues de lo seguro, sino de lo probable y ahí solo caben opiniones, es retórica. Al no poder aspirar a la seguridad, se ha de manejar la inseguridad, aceptando los riesgos conocidos y los imprevistos. El trabajo con el riesgo ha de ser por tanto, reducir la complejidad del riesgo, transformándolo en un sistema con otros riesgos.

El siguiente aspecto que destacó el ponente fue la distinción entre riesgo (daño atribuido a una decisión: riesgo *stricto sensu*) y peligro (daño atribuido al entorno: peligro externo): un mismo hecho puede aparecer como riesgo o peligro, en función de si se toma la decisión, o se decide no decidir. Esta distinción también nos muestra que los seguros no crean la seguridad de que un daño no se producirá, sino que transforman el peligro en riesgo, garantizando la estabilidad patrimonial de quien contrata. Vemos que el factor distintivo es la decisión, y lo que mide la fortaleza del sistema social, es la capacidad para esa transformación.

Seguidamente, el profesor MARTÍNEZ GARCÍA se refirió a la concepción sistemática del riesgo, según la cual la sociedad actual (sin vértice ni centro) está articulada por observaciones recíprocas de los sistemas que la componen (sistemas de riesgo), de manera que cuanto más se alejan de la realidad, más inobservables se vuelven. Así, los agentes ya no se orientan por si mismos, sino por lo que otros opinan que ellos harán, lo que lleva a la crisis del sistema.

Para concluir, el ponente citó a Luhmann y su teoría de la creatividad frente al riesgo impredecible, para afirmar que, descubrir riesgos puede ser descubrir oportunidades, ya que del futuro solo sabemos que será distinto del pasado, y no se trata de predecir, sino de innovar. A esto lo denominó la «poética del riesgo».

En contraste con la anterior ponencia y para concluir el primer bloque de «Derecho y Riesgo», Santiago CAVANILLAS MÚJICA se refirió a «la prosa

del riesgo» con su ponencia «*Responsabilidad civil y riesgo*». Según su criterio, el riesgo tiene tres disfraces: uno científico (datos, probabilidad y análisis empírico), otro psicológico (percepción del riesgo que no suele coincidir con el riesgo real) y otro cultural (valores imperantes, alteran la escala de preocupación sobre los riesgos).

A juicio del ponente, el riesgo está presente en la culpa, lo que condiciona la responsabilidad. Para calcular las conductas negligentes, al comparar el coste de las medidas que hubiesen evitado el daño y el daño efectivamente producido, un coste mayor al daño señala la ausencia de negligencia. Asimismo, afirmó que el modelo de riesgos, está pensado partiendo de una labor de detección de riesgos externa. Según el profesor Cavanillas, el criterio de imputación de la responsabilidad por riesgo en la jurisprudencia, ha dado como conclusión que no se responde por la creación de un riesgo. Actúa como una *ratio legis* en los supuestos legales, salvo casos de riesgo extraordinario, donde se dan conductas no culposas.

A través de la casuística y ejemplos concretos, continuó respondiendo los planteamientos que se han dado en el entorno del derecho civil: El riesgo puede actuar desde su percepción psicológica como un daño indemnizable (por miedo o susto). Existen riesgos de desarrollo, que no son reconocibles en el estado de la ciencia coetáneo, lo cual limita la responsabilidad patrimonial de la administración. Asimismo, no se responde civilmente en supuestos en que la víctima asume el riesgo (culpa exclusiva de la víctima), y, tanto empresarios como autoridades, tienden a transferir el riesgo a través de las alertas.

Por último señaló, al respecto de las indemnizaciones, que el acreedor de la obligación ya asume riesgos de transacción judicial y la insolvencia del deudor. Frente a esta situación, el legislador ha puesto mecanismos como el seguro obligatorio.

Tras las jugosas ponencias de la mañana, se llegó al debate conjunto donde se abordaron diversas cuestiones. El profesor MAY, continuó su exposición con la prevención del riesgo, explicando la necesidad de actualizar la magnitud del riesgo en la racionalidad jurídica (va más allá del derecho). Asimismo, afirmó que, para la estabilidad política, ha de tomarse el riesgo como principio básico de funcionamiento. El profesor MARTÍNEZ GARCÍA finalizó tratando el debate entre Habermas (crítico) y Luh-

mann (sistémico), concluyendo que no se aprovecha la capacidad crítica de Luhmann, la cual está aún por descubrir.

La intensidad y contenido de las exposiciones de la mañana, nos invitaron a recuperarnos durante la comida, para abordar la sesión de ponencias de la tarde con la mayor de las atenciones. No era baladí, pues fueron tres ponencias que, dada la altura intelectual de los ponentes y su simpática (y enfrentada) exposición, dieron lugar, en mi opinión, al debate más prolijo y entretenido del congreso.

El primer ponente fue Bernd SCHÜNEMANN, quien, prescindiendo de traductor, realizó su ponencia «*La destrucción del M. Ambiente como arquetipo del delito*» en un esforzado y esmerado castellano. El profesor SCHÜNEMANN realizó una primera contextualización, señalando la enorme trascendencia de los problemas ambientales, y la escasa importancia que los grupos de comunicación les dan. Criticó duramente a la clase política, señalando su incapacidad para atajar drásticamente el cambio climático (ej.: Cumbre de Copenhagen), en claro contraste con el saber científico.

A su juicio, no se trata de la sociedad del riesgo, sino de la sociedad del derroche y el despilfarro. El ponente explicó el desfase entre ciencia y política desde la tendencia hacia la privatización del poder. Afirmó que la tendencia politóloga y de la ciencia del derecho a justificar la globalización y la gobernanza, solo fomentan la anarquía neoliberal y el orden del más fuerte, frente al estado del bien común.

Según el orador, a pesar de la conciencia de los *lobbies* de presión por la conservación de los recursos naturales, estamos viviendo un juego económico, frívolo y ficticio, que ha puesto en jaque el sistema financiero global. Y frente a estos agentes todopoderosos, las ONG's son muy débiles.

Ya dentro del derecho penal, planteó el lugar del derecho suprapositivo y la tendencia expansionista del derecho penal, y el límite del concepto de delito (¿penar con premisas filosóficas, o con base en el derecho positivo?).

Para paliar el efecto de la globalización por el derecho penal, hay que plantearse la transposición del derecho adecuado. Delitos fundados en la razón, que provengan del contrato social, completados tras la búsqueda del origen de la crisis climática (agotamiento de los recursos, no respetar el desarrollo sostenible y comprometer las generaciones futuras). El ponente afirmó que, para ello, no podemos obviar la condición humana;

no se puede positivizar sin más, un código de buenas conductas (Citó a R.Dart y su modelo antropológico de la agresividad innata, y a Nietzsche: egoísmo y voluntad de poder). Hay que partir del derecho natural.

Abogó finalmente por una consideración del concepto pre-positivo del delito ambiental («Hemos tomado prestada la tierra de nuestros hijos»), afirmando que el origen del delito ambiental, es la desatención de la equidad intergeneracional del ambiente. Por tanto, considerando la libertad de movimiento de las generaciones futuras, y la limitación en el uso de los recursos agotables (no en los renovables), en pos de una continuación del desarrollo, llegaremos al arquetipo de delito ambiental.

Cornelius PRITZWITZ expuso a continuación «*La función del derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo. Defensa de un rol necesariamente modesto*». A través del título de su ponencia, ya se podía adivinar el fondo de su posición.

El profesor PRITZWITZ habló del debate de la globalización como una cuestión pasada: «ya no es un futuro de oportunidades y riesgos manejables». Hoy sabemos más de los riesgos y el medio ambiente ya está amenazado. Los estados no reaccionan ante riesgos inaceptables y no regulan el mundo económico y tecnológico en crecimiento. Se trata de modelos idealistas. Ante esto, hace falta una reacción, y ver el rol del derecho en esa reacción. Según él, la reacción no puede venir del derecho, sino del poder real. Dentro del poder legislativo, el jurista ya no es el principal actor, pero sí un buen observador y asesor. Los poderes político, militar y tecnológico no escuchan y hay que acudir a otros actores con poder (medios de comunicación, redes sociales, ONG's y agentes internacionales con discurso), para vincular el desarrollo sostenible al poder político. Sin embargo, sí vio una función importante del derecho, limitando el poder desde las cortes, con la oposición a los legisladores inoperantes.

En concreto, respecto al derecho penal, vio la necesidad de limitar su uso a lo que sí puede hacer el derecho penal, y evitar su abuso desde la política. La misma naturaleza binaria del derecho penal entre correcto/incorrecto con la necesidad de una respuesta clara e inequívoca, unido a que da respuesta siempre a actuaciones pasadas, limita su aplicación a la sociedad del riesgo. Pero, a pesar del pesimismo de su análisis, considera que hay normas prometedoras, más prudentes que los actores, cuya correcta interpretación es lo más importante.

Afirmó inequívocamente («es pésimo») que el derecho penal no es la solución a la situación actual. A pesar de la demanda de expansión por parte de la opinión pública, los políticos, los grupos de comunicación y parte del mundo jurídico civil y administrativo, («incluso de SCHÜNEMANN»), el legislador ya ha respondido en otras ocasiones y ha demostrado que no es la solución (incluso daña la lucha contra amenazas futuras, al perder su finalidad).

El orador justificó el rechazo del derecho penal como solución *ad hoc* con varios argumentos, entre ellos: está condicionado a actuaciones pasadas y no futuras (como pueda resolver el administrativo); está condicionado a resolver —si o no— a pesar de que en la sociedad del riesgo, la causalidad es difusa; es individualista, pero los problemas en la sociedad del riesgo no surgen de comportamientos individuales; no caben supuestos de actividades permitidas (como en Derecho administrativo) que generan el 90% de los daños ambientales; la dicotomía bien/mal no atiende al concepto de peligro y se tiende a identificar mal con peligro y viceversa.

Finalizó argumentando que, el mal que padece la sociedad del riesgo es sistémico y no individual, y la tendencia a individualizar, hace que se impida ver la necesidad real. Por ello, los verdaderos beneficiarios del uso del derecho penal, son las empresas que destrozan el medio ambiente sin limitación, y los bancos que actúan con libertad impunemente. Ante esta situación, se debe plantear el arquetipo de delito sobre un nuevo derecho penal, que huya de la mala aplicación que tradicionalmente se le ha dado, castigando los poderosos a los más débiles (en este punto coincidió con Schünemann), un derecho que sirva para clasificar la responsabilidad y no responsabilidad ante las catástrofes.

La última ponencia del día «*Estructuras legales y dogmáticas del derecho penal del riesgo*», la llevo a cabo otro penalista, Jesús SILVA SÁNCHEZ, quien realizó un discurso interno sobre derecho penal. En su exposición trató la parte conceptual del derecho penal del riesgo y por otro lado su parte estructural.

En cuanto a la parte conceptual, afirmó que el derecho penal del riesgo no se ciñe a la protección ambiental, sino que afecta al sistema económico y político. Rehúye de su autodefinición, pues es un derecho de anticipación, lo que como decía PRITTWITZ, contradice la *ultima ratio* del derecho penal. El riesgo ha de redefinirse como lesión (por ejemplo, en la estafa o la administración desleal, se consume como lesión, la puesta en

peligro de la integridad patrimonial). En el terrorismo también se tipifica la pertenencia a banda armada y se anticipa a la comisión. Vemos así que, el derecho penal del riesgo es ubicuo, aunque se presenta omitiendo el riesgo y sustituyendo por lesiones a otros bienes, eludiendo la crítica de la anticipación.

Respecto a la parte estructural, el profesor SILVA respondió a PRITWITZ afirmando que el derecho penal se resiste a ser expulsado, ya que aunque primero se regule por otros derechos, el incumplimiento lo hará aparecer de nuevo. Efectivamente, no se puede prohibir un riesgo estructural o sistémico (aunque los economistas niegan la crisis sistémica y afirman conductas arriesgadas), pero sí se pueden apreciar conductas generadoras de riesgo estructurado y prohibir una conducta que pueden hacer muchos. El derecho penal del riesgo reconduce el riesgo, de acumulativo a la autoría accesoria universal, que reinterpreta y sanciona. Se elimina el concepto de riesgo permitido por las normas, transformándolo en espacios de riesgo susceptibles de ser prohibidos, como riesgo permitido condicionado (*rebus sic stantibus*). Esto enlaza con el riesgo de riesgo y las operaciones sospechosas no denunciadas, como paradigma del injusto penal. Según el profesor Silva, cualquiera que intervenga en el proceso económico, ha de denunciar, ya que de lo contrario, incurre en «comisión por omisión».

El ponente concluyó afirmando que el control administrativo requiere colaboración penal para sancionar, y así, se ratifica en la necesidad del derecho penal como parte de la solución. Esta colaboración ha de llegar por parte de terceros distintos al sujeto controlado, y si los organismos de control no cumplen, se dará el leitmotiv, la corrupción imputable.

Tras las ponencias, se dio paso al debate, en el cual se partía de una premisa principal, el pesimismo epistemológico para afrontar la nueva situación desde todas las perspectivas científicas. Debatieron sobre la necesidad de ser creativos en el derecho tal y como afirmaban el profesor FARÍA o Stefan MAY. Ante estas posiciones Cornelius PRITWITZ llevó a cabo un discurso de resistencia y discutió con B. SCHÜNEMANN (traductor mediante, y con la limitación que eso supuso) sobre el nuevo modelo de derecho y el papel del derecho penal, con sus externalidades. La creatividad en lo penal, ha de ser lo más limitada posible, pues limita la seguridad jurídica del imputado, algo imprescindible en el estado de derecho.

IV. DERECHO Y MEDIO AMBIENTE

El último día de congreso se abordó la temática en torno al derecho ambiental y la fiscalidad ambiental con ponencias de Blanca LOZANO CUTANDA, Jesús JORDANO FRAGA, Fernando LÓPEZ RAMÓN, Antoni PIGRAU SOLÉ, Juan VILLANUEVA AGUILAR y Tulio ROSENBUJ.

La profesora LOZANO CUTANDA abrió la jornada con su ponencia «*El nuevo sistema de responsabilidad medioambiental para la reparación de los daños ecológicos puros*», abordando un comentario analítico y crítico sobre la nueva ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental que observa ya, un cierto retraso en la promulgación de los reglamentos por parte de las Comunidades Autónomas que condiciona su efectividad.

La responsabilidad por daños ecológicos puros (sin necesidad previa de lesiones patrimoniales o de salud individualizables) es una innovación reseñable. Al respecto, considera que están muy limitados, ya que se trata de daños significativos a recursos naturales y, si no son significativos, opera el sistema anterior. Hay que probar la responsabilidad por lo que, en daños difusos, donde el operador no se identifique, la administración no está obligada a reparar, pues se trata de una reparación potestativa. No obstante, según la oradora, existe el deber subsidiario por la condición de sistema público.

Señaló también la responsabilidad para operadores del Anexo III de la ley, que adolece de la indefinición del concepto «operador». En la práctica, se trabaja con subcontratas que dificultan la determinación del responsable, y se excluyen los riesgos del desarrollo (deber de reparar si se demuestra actuar sin culpa o negligencia, según la técnica de su época) Esto mella, a su juicio, la responsabilidad objetiva.

La reparación *in natura* según los criterios del Anexo II, es otro de los aspectos innovadores. Al respecto, la profesora LOZANO CUTANDA advirtió las dificultades del sistema, pues a las técnicas y científicas (variación de las especies y de valoración) se unió que, caso de prosperar, habría que dotar y formar a todas las jurisdicciones civiles y penales, para que fuesen más allá de la tradicional indemnización. Por otro lado, la instauración de un sistema de garantías financieras obligatorio, crea una dinámica de mercado en la aplicación efectiva del sistema de responsabilidad de la ley 26/2007, pero está limitado por el alcance temporal y económico de los seguros y, hoy en día, la crisis lo hace inviable.

Concluyó afirmando que, previsiblemente, se aplicará la responsabilidad Medioambiental solamente en casos que revistan gran gravedad, dada la dificultad de enlazar ésta con la reparación del daño tras el procedimiento administrativo (dotado de medidas accesorias). En caso de no exigir una reparación adicional a la sanción administrativa, se pueden dar conflictos entre Administraciones públicas, y por ello se echa en falta un sistema de reenvío en la Ley.

A continuación, Jesús JORDANO FRAGA, expuso «*Los supuesto de exoneración de la responsabilidad ambiental. Los riesgos del derecho*». Inició señalando el origen del resultado de la ley: un conflicto de intereses, en el que, según él, «no han ganado los buenos».

Ahondó en la cuestión de la excepción por desconocimiento de la técnica. Para él, los riesgos del desarrollo son casos fortuitos y quedan excluidos de responsabilidad objetiva, aunque la ley habla de fuerza mayor en su preámbulo. Esto hace que no se respete la naturaleza de las cosas y es una marcha atrás en el sistema de responsabilidad. Con la tramitación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, tras la negociación con las empresas, se abrió la puerta a que los estados se exonerasen, demostrando la inexistencia de culpa. Sin embargo, en cuanto a productos defectuosos, no se admiten supuestos de exoneración. La directiva genera un efecto mosaico, ya que hay países como Alemania, que se niegan a ejecutar dicha exoneración. Además considera que esto va en contra del principio de cautela previsto en el artículo 174 del Tratado de Lisboa.

Finalmente señaló (citando a ESTEVE PARDO, J. «*Tecnología, Riesgo y Derecho*») que, efectivamente, existen peligros y riesgos al desarrollar ciertas actividades e investigaciones (el verdadero trasfondo de la exoneración, es incentivar la investigación, según GANDELBERG). Estas actividades (ej.: transgénicos) solo reportan beneficios para los que las explotan, pero pérdidas para todos. Por tanto, el Art. 14 de la ley 26/2007, es manifestación de una tremenda exclusión de responsabilidad no acorde a derecho, sobre todo si partimos de que «*Intentamos construir un mundo mejor*».

El segundo bloque de la mañana, lo inició Fernando LÓPEZ RAMÓN con su ponencia «*El régimen de las indemnizaciones por las privaciones singulares derivadas de la legislación de conservación de la biodiversidad*».

En primer lugar, el ponente introdujo una situación en España en la que, generalmente, no existen indemnizaciones patrimoniales a los afec-

tados por declaraciones de espacios naturales protegidos (en adelante: ENP). La legislación se limita a regular la expropiación en ENP. Dedujo que en la actualidad, como posible alternativa, no parece deseable una red de ENP íntegramente pública, pues se crearían desigualdades territoriales (los ENP suponen un 25% del Territorio, pero un 45% en Canarias o Andalucía, por ejemplo), por lo que hay que pensar soluciones.

Asimismo, consideró que toda declaración de ENP conlleva la afectación del contenido de derecho de propiedad, y se trata de situaciones habltatorias, fundadas en el artículo 33.3 de la CE. Hay que pensar como compensar al administrado, bien por vía de la responsabilidad o por vía de la expropiación, para que la regulación que afecte a los derechos patrimoniales, respete el principio de propiedad.

Si se dan privaciones singulares por la Administración, que no buscan solo la protección (objeto de la actividad administrativa), no basta con el justiprecio para su legitimación, es necesaria responsabilidad patrimonial. Afirmó que, una manera de incluirlo en la regulación de manera abstracta, sería haciendo identificar las situaciones dañosas o materialmente expropiables, dentro del Art. 28.1 de la Ley de Parques Naturales y Biodiversidad.

A continuación, extrajo de la doctrina (RUIZ RICO, J.M. y Doctrina italiana respecto al contenido mínimo de los bienes privados), de los pronunciamientos jurisprudenciales, (STS 30/04/09, 12/5/1987, etc.) y de la legislación vigente en España (ninguna nacional, pero diversas tesis de legislaciones autonómicas), el concepto de supuesto indemnizatorio típico en la actualidad: «*usos de terreno no urbanizable en que no se prevea uso o aprovechamiento urbanístico*». También se planteó (de acuerdo a la exégesis de su estudio) la diferenciación entre derecho y expectativa (recalificación, aprovechamiento cinegético, etc.) y la consiguiente indemnización de expectativas o hechos y derechos consolidados, y al respecto, dedujo lo siguiente: *negación de indemnizar la expectativa* (de actividades no consolidadas en el momento de indemnización) y *posible afección a derechos no ejercidos pero consolidados* (prohibición de entrada en finca al dueño, hubiera entrado antes o no).

Como conclusión y a tenor de lo expuesto, el profesor LÓPEZ RAMÓN, basado en un derecho urbano y contaminante, opinó que se ha de incluir la cláusula general de indemnización en los ENP. Asimismo, en virtud del artículo 149.1.1º de la CE, han de identificarse las situaciones gravosas en un cuadro con indemnizaciones.

Para finalizar las ponencias de la mañana, Antoni PIGRÁU SOLÉ presentó *«La jurisdicción extraterritorial como vía para hacer responsables a las empresas por daños al medio ambiente causados en el extranjero: especial referencia al ATCA»*.

Según el profesor PIGRÁU SOLÉ, el derecho ambiental no ha sido capaz, hasta la fecha, de establecer obligaciones directas a las empresas transnacionales (principal sujeto contaminante y participante en violaciones graves de DD.HH.) Además, no se incluyó a las empresas en el Estatuto de Roma de 1998 (creador de la Corte Penal Internacional), y hoy día se da un intento de regulación internacional del comportamiento de las empresas transnacionales. El ponente manifestó que, el concepto de Milton FRIEDMAN (*«la única responsabilidad de las empresas es incrementar su beneficio»*) está superado y se busca atribuirles su responsabilidad global y ambiental a las empresas transnacionales (señaló varios textos que intentan dicha regulación internacional).

El orador continuó analizando los intentos de regulación, destacando la propuesta de marco jurídico de John RUGGIE (Repr. Especial de la Sec. General de la O.N.U.). Sin embargo, incidió en que, a fecha actual adolece de dos fallos: 1º La incongruencia vertical, horizontal y global de la propuesta (los Estados no abastecen sus propias regulaciones; contradicción interna de los estados entre sus departamentos; choque del discurso pro-DDHH frente a los intereses económicos de los estados) y 2º Un discurso basado en la debida diligencia y la excepcionalidad de los comportamientos dañosos, cuando la norma son dichos comportamientos y la excepción, la corrección.

Para finalizar, el profesor PIGRÁU SOLÉ, analizó algunas vías administrativas en que, a través de medidas nacionales, se producen efectos extraterritoriales y revisó la normativa estatal que permite la jurisdicción extraterritorial. Puso de ejemplo el funcionamiento de la ATCA (Alien Tort Claims Act de EE.UU. de América), respecto a casos de vulneraciones de derechos humanos y medio ambientales (Casos Shell y Chevron en Nigeria) y concluyó afirmando que el derecho internacional es ineficiente a día de hoy frente a las empresas transnacionales y puede ser presa del derecho nacional.

Concluidas las ponencias de la mañana, se dio paso al debate de conjunto, en el que se debatió sobre la responsabilidad ambiental y la compatibilidad de la Red Natura 2000 con el mundo rural. La Prof. Blanca

LOZANO dijo que la pretensión que se deduce de la nueva ley de responsabilidad ambiental, es fomentar la contratación de seguros para asegurar la reparación de los daños personales y ambientales. Respecto a la compatibilidad del mundo rural y la Red Natura 2000, el profesor LÓPEZ RAMÓN señaló que la geografía humana critica los criterios biogeográficos de determinación de los LIC's, pero lo hace con falta de transparencia, a pesar del enorme trabajo científico. Los fines perseguidos por los parques naturales son: la protección y limitación del uso, el goce humano, y el desarrollo socio-económico. Por tanto puede darse esa compatibilidad, pero si no se cumplen dichos fines, se dará un efecto insular en las áreas afectadas. Al respecto, afirmó la necesidad de constituir las Zonas de Especial Conservación (dada la provisionalidad de los LIC's), en las que haya un compromiso real de desarrollo sostenible, pues los intereses privados especulativos siempre van a estar presentes.

Como broche final del congreso, se sucedieron dos ponencias centradas en el aspecto financiero del derecho, respecto al medio ambiente. En primer lugar intervino Juan VILLANUEVA AGUILAR, quien trató «*Las garantías financieras: la transferencia aseguradora del riesgo*». En la que abordó los mecanismos financieros disponibles en los mercados de seguros, reaseguros y capitales que pueden ser garantía para financiar y transferir el riesgo de las posibles pérdidas generadas por desastres.

Seguidamente, el Prof. Tulio ROSENBUJ expuso la ponencia «*Fiscalidad ambiental*». Bajo un título tan amplio, hizo una valoración sobre la situación actual, las características y problemas de los impuestos ambientales. En primer lugar, valoró el contexto y el peso específico del G-20 por encima de la ONU, como sujeto que se opone a la *lex mercatoria* global, señalando la incorporación actual de las principales potencias mundiales a la preocupación por el medio ambiente, tras su inicial indiferencia en Kyoto (EEUU, China, India). Dentro de las características de los impuestos ambientales, destacó las externalidades (negativas y positivas) de las actividades privadas, como valor fundamental del objeto imponible (citando a DWORKING: «el principio de igualdad consiste en asumir el coste de los beneficios propios cuando generamos costes ajenos»), y afirmó que se trata de gravar la capacidad de producir un daño ambiental con las formalidades de cualquier impuesto. Finalizó su intervención resumiendo la problemática de la fiscalidad ambiental actual: el intrusismo de impuestos ambientales no ambientales (ej.: tasas a grandes superficies de ventas en Aragón, frente al cual destacó el ejemplo del CarbonTAX: con este

impuesto, se fija la prioridad por el problema y no por el gobierno, aunque tiene problemas específicos según su aplicación en diferentes regiones geográficas) y la pérdida de competencia empresarial en los estados que más insisten en impuestos ambientales (ej.: en Suecia los ingresos por impuestos ambientales suponen el 5% del PIB) entre otros factores, asimismo analizó la regresividad de estos impuestos.

V. CONCLUSIONES

Queda evidenciado tras lo expuesto que, efectivamente, se constituyó un foro multidisciplinar de especialistas y que éste abordó la problemática ante el fenómeno globalizador actual, la sociedad del riesgo y su especial incidencia en el medio ambiente.

Como observador en la distancia, se pueden apreciar las diferentes perspectivas de todos los pensadores que expusieron sus opiniones en el congreso. De estas perspectivas, se observa una entropía generalizada entre las diferentes disciplinas y posturas afectadas por la globalización, el riesgo y el medio ambiente. Sociólogos, economistas, juristas, historiadores, ambientalistas y científicos mantienen posturas más o menos alejadas entre sí, acerca de las soluciones a la situación de amenaza al equilibrio del que actualmente disfrutamos (situación en la que todos coinciden).

A mi modo de ver, cabe plantearse dos opciones:

1.- Por un lado está la «solución darwiniana»: esta solución recoge las diferentes teorías en un escenario de equilibrio, donde cada actor de las diferentes ramas científicas y poderes diversos, evoluciona en los próximos años y actúa en el medio ambiente, los entes pseudoestatales (los denomino así, dada la abstracción a futuro planteada por varios ponentes) y los mercados. Sin un entendimiento mutuo, dichos actores verán como sus actuaciones fracasarán o solucionarán solo parte del problema. Se dará una selección natural, que delimite cual o cuales de ellas son las más acertadas y compatibles entre sí, en el estadio actual de desarrollo del ser humano y el entorno en que habita. Similar al proceso que se da en el entorno natural, donde los sistemas entrópicos dan lugar a un hermoso equilibrio en el que cohabitan. Esta solución conlleva una serie de riesgos, que Stefan MAY señala en su análisis: la pérdida del statu quo y de la organización social, estatal, económica y natural, tal y como la conocemos; las altas probabilidades de que el medio ambiente y su equilibrio actual,

en el que podemos habitar en condiciones estables, varíen considerablemente, dando lugar a un nuevo estado desconocido e improbable. Un sistema que en economía coincidiría con el liberalismo extremo, donde el mercado se regula a sí mismo.

2.– Como segunda opción, tenemos la solución de «el entendimiento y suma de saberes»: En una situación en la que existe una conciencia extendida y un diagnóstico coincidente, entre los diferentes saberes sociales, acerca de los problemas que acechan a nuestra sociedad y al medio ambiente, considero que el reto principal al que se debe dar solución, es la disparidad de discursos. La solución del entendimiento, pasa por realizar un análisis prospectivo y multidisciplinar que aúne diferentes perspectivas, para localizar una serie de elementos a acotar (riesgos, industrias, mercados, sistemas fiscales, recursos naturales, localización de problemas y afectados, etc.). Quizá la univocidad de este elenco de saberes, haría más sencillo el concienciar a los poderes fácticos, de las líneas de actuación en sus respectivos ámbitos de poder.

No se trata de ver en cada área los problemas en concreto, sino de analizar el sistema en su conjunto desde diferentes perspectivas, y crear una serie de leyes que puedan coexistir y solucionar sectorialmente el problema (un problema que en sí mismo es heterogéneo). Por tanto, se ha de sistematizar ese pensamiento, construyendo desde acciones iniciales más abordables en la actualidad, la solución más compleja que a largo plazo habría de funcionar.

A mi modo de ver, no es necesario cambiar sin más nuestro sistema, sino trabajar para adaptarlo a las necesidades actuales. La ciencia del Derecho vertebró el sistema actual, y por tanto ha de ser actor principal en la nueva sistematización. Si esta adaptación ha de partir de una u otra disciplina es, en mi opinión, un debate a posteriori, una fase más adelantada al momento histórico actual, en el cual existen muchos frentes en los que intervenir. Y sobre todo, partes interesadas a las que disuadir de intereses individualmente concebidos, en este contexto globalizado.

Del mismo modo que la educación sistematizada, con la confianza del sistema en el individuo, consigue formar al menor para vivir independiente en el futuro. Donde lo inadaptado es y sería la excepción y no el mal endémico y generalizado (como nuestra sociedad del riesgo lo es, en un mundo insostenible). Considero que el medio ambiente no ha de ser considerado una rama en sí mismo, sino el motor que ha de mover cada

una de las disciplinas jurídicas, sociales y económicas. Partiendo de una conciencia de sostenibilidad (por supuesto, real y no figurativa o contemplativa), las actuaciones de cada sujeto, partirían ya de una base positiva y que no necesita de corrección posterior (reparación, impuestos, indemnizaciones, etc.), pues impregna cada acción, que sería ambientalmente intachable (bajo unos mínimos legalmente considerados y consensuados con el resto de saberes).

BIBLIOGRAFÍA

BERMEJO VERA, J. y LOPEZ RAMÓN, F. (Directores): *Tratado de Derecho público aragonés*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, 2.130 pp.

Tomando como punto de partida la nueva regulación establecida por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, se presenta esta ambiciosa obra, dirigida por los catedráticos José Bermejo Vera y Fernando López Ramón, y en la que colaboran sesenta y cinco autores, entre catedráticos y profesores, letrados, magistrados y funcionarios, especialistas en cada una de las materias estudiadas.

Se trata, por tanto, de una extensa y variada obra cuyo contenido y autores es imposible pretender abarcar y comentar en detalle en una reseña, por lo que la presente nota bibliográfica trata solamente de dar noticia de su publicación, dado el interés que tiene para todos quienes han de conocer y aplicar el Derecho público aragonés.

A lo largo de las 2.130 páginas y los setenta y tres capítulos que componen la obra, se atiende a los distintos temas que interesan al ordenamiento jurídico-público de la Comunidad Autónoma de Aragón. En una primera parte general se estudian las instituciones que conforman la estructura de la Comunidad Autónoma: sus fuentes reguladoras, elementos y señas de identidad, las instituciones políticas y el régimen electoral, la organización administrativa y territorial, las relaciones interinstitucionales y la acción exterior, la Hacienda y patrimonio y el marco competencial y los tipos de competencias atribuidas a la Comunidad. En la parte especial se efectúa el estudio de los diferentes ámbitos de actuación de la Comunidad Autónoma, agrupados en distintos títulos: seguridad ciudadana, ordenación económica, ordenación territorial y ambiental, y ordenación social. El conjunto de la obra, además del estudio de la normativa aplicable, contiene los antecedentes de cada materia y sus datos y supuestos de hecho más relevantes, así como la bibliografía más importante de cada tema, completando un volumen de consulta obligada para todos los interesados en conocer la regulación actualizada del Derecho público aragonés.

Ramón SALANOVA ALCALDE

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: *El periurbanismo estatal. La ordenación urbanística del dominio público del Estado* (Prólogo del Prof. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, 367 pp.

1. La STC 61/1997 supuso una auténtica revolución en la regulación de las materias de ordenación del territorio y urbanismo, en cuanto éstas quedaron reservadas en exclusividad a las Comunidades Autónomas. La inexistencia de competencias formalmente urbanísticas por parte del Estado, así como la imposibilidad de hacer uso de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE, han llevado a afirmar que el Estado no tiene ninguna competencia urbanística. Pero la realidad es bien distinta. El Estado, haciendo valer títulos competenciales de carácter marginal, incide en la regulación urbanística y en la ordenación del territorio.

De esta breve premisa introductoria ya se puede deducir el acierto de la investigación, no ya por el tema tratado, sino por la excepcional contribución que supone un estudio riguroso sobre una materia tan compleja y actual.

La obra que presentamos nace a partir de la tesis doctoral que el profesor ESCARTÍN ESCUDÉ defendió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección del profesor LÓPEZ RAMÓN, obteniendo la máxima calificación y numerosos reconocimientos.

El objeto de estudio es el periurbanismo en el ámbito del dominio público del Estado. La expresión *periurbanismo*, que da título a la monografía, caracteriza el conjunto de potestades que corresponden al Estado en relación con el urbanismo, es decir, explica cómo la legislación sectorial del Estado incide en el urbanismo.

El trabajo original incluía un capítulo dedicado a las aguas, que fue segregado del libro que comentamos para ser objeto de una nueva monografía (1).

(1) El mencionado capítulo de la tesis doctoral fue galardonado con el VII Premio Manuel Giménez Abad para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial (2009) y publicado en 2010 por la Fundación Manuel Giménez Abad con el título *Aguas y urbanismo. Análisis de las tensiones competenciales derivadas del proceso de descentralización territorial*.

En lo que se refiere a la estructura de la presente obra, se encuentra dividida en cuatro capítulos, a los que acompaña un epígrafe final dedicado a las conclusiones a modo de corolario y reflexión global sobre la investigación. Los cuatro pilares sobre los que se fundamenta el cuerpo del estudio van precedidos de una introducción en la que el autor expone los objetivos de la obra y justifica su estructura y delimitación.

En el primer capítulo se analizan las reglas generales que configuran el periurbanismo estatal y se enuncian las técnicas de incidencia que serán objeto de desarrollo específico en los capítulos posteriores, a la vez que se estudia el régimen urbanístico recogido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas para los bienes públicos. A partir del segundo capítulo se analizan los sectores más destacados del dominio público estatal, siempre desde una perspectiva periurbanística. Así el capítulo II está dedicado al dominio público marítimo terrestre, el capítulo III al dominio público portuario y el capítulo IV al dominio público viario.

2. La regulación de la ordenación territorial y el urbanismo no es competencia exclusiva de las CCAA, sino que también existen aspectos competenciales que habilitan al Estado para regular e incidir en la materia urbanística, y éste es, precisamente, el contenido del periurbanismo. El autor pone especial énfasis a lo largo de la monografía en que el Estado no tiene atribuidas competencias urbanísticas, pero es necesaria su intervención para una correcta ordenación territorial y urbanística de los bienes demaniales de su titularidad.

Esta realidad hace surgir tensiones entre las distintas Administraciones territoriales en materia de urbanismo, sobre todo en el ámbito de la planificación urbanística. Nos encontramos con un inevitable y necesario solapamiento de competencias con incidencia territorial, conflicto que sólo puede ser solucionado por medio de técnicas de cooperación y coordinación de las distintas Administraciones implicadas, como ha señalado en Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

Entre estas técnicas destaca el mutuo intercambio de información que debe presidir las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas en el momento de realizar la planificación urbanística, territorial y sectorial. Asimismo, los informes también son un instrumento útil para recabar información de aquellas Administraciones titulares de competencias que pueden verse afectadas por la aprobación del instrumento del planeamiento en

cuestión. En otras ocasiones, las leyes estatales determinan la prevalencia de la legislación sectorial sobre la urbanística.

Otro mecanismo de incidencia de la legislación estatal sobre la urbanística son los condicionantes que imponen las leyes estatales a la clasificación y calificación urbanísticas. Desde el punto de vista urbanístico, el autor defiende la categorización de los bienes demaniales del Estado como sistemas generales (dominio público marítimo-terrestre, dominio público hidráulico, puertos, aeropuertos, dominio público viario), pero esta calificación no supone una intromisión del Estado en las competencias formalmente urbanísticas, al contrario de lo que pudiera parecer en un primer momento. Son las leyes sectoriales las que imponen al planificador urbanístico una categorización de determinados elementos territoriales, pero es el planificador urbanístico el que tiene que clasificar los suelos que ocupan esos sistemas generales. Si fuera de otro modo, la categorización de un espacio como sistema general significaría la imposibilidad de llevar a cabo su clasificación o calificación urbanística, lo que implicaría una invasión de competencias municipales por parte del Estado.

La influencia de la legislación sectorial sobre la planificación urbanística se muestra, de nuevo, en las limitaciones al derecho de propiedad y en las servidumbres que se recogen en las leyes sectoriales. Las zonas de servidumbre, perímetros de protección y demás limitaciones al derecho de propiedad que fija el legislador estatal sobre los terrenos colindantes al dominio público (establecimiento de servidumbres administrativas en terrenos contiguos a infraestructuras viarias, dominio público hidráulico o marítimo-terrestre, etc) también influyen en el derecho urbanístico, por cuanto esta limitación del derecho de propiedad supone un condicionante dirigido al planificador urbanístico a la hora de clasificar y calificar urbanísticamente los terrenos sometidos a gravamen. Y todo ello es analizado pormenorizadamente en los siguientes capítulos, por cuanto se trata de una medida común a las distintas normas que regulan el dominio público estatal.

También se dedica un epígrafe a la relación que existe entre obras públicas y urbanismo y la necesidad o no de obtener la licencia urbanística para la realización de las mismas. Los puertos, aeropuertos y carreteras se consideran obras públicas que pasan a formar parte del dominio público. Como regla general, cualquier obra pública promovida por una Administración pública o entidad de Derecho público debe quedar sometida

a licencia municipal, porque las obras públicas deberán adecuarse al planeamiento urbanístico municipal. Sin embargo, existe un procedimiento excepcional y alternativo a la licencia municipal para las obras públicas en caso de urgencia o excepcional interés público, confirmado por el Tribunal Constitucional, que pervive con matizaciones en la DA 10ª de la Ley del Suelo de 2008 para la Administración del Estado. Esta regla de exención de licencia municipal para las obras públicas de infraestructuras se introduce en las leyes sectoriales (puertos, costas, aeropuertos, aguas), y finalmente se recoge una exención general de licencia municipal para las obras públicas de interés general en la DA 3ª de la Ley de Concesión de Obras Públicas.

Para finalizar el primer capítulo, el autor analiza algunos aspectos de la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas que suponen un condicionamiento a la ordenación urbanística de los bienes de dominio público estatal y recoge una serie de medidas que afectan al planeamiento urbanístico y a la gestión posterior de los bienes de titularidad estatal. Y una vez más, recuerda que no se trata de una atribución competencial que habilita al Estado para regular la ordenación urbanística, sino de la capacidad que tiene éste de incidir en la citada ordenación.

3. El segundo capítulo estudia la influencia de la legislación de costas en el derecho urbanístico. Una vez establecido el marco jurídico del demanio marítimo-terrestre, invita a la reflexión sobre los interrogantes que surgen al colisionar la regulación de costas con su correspondiente en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Esta colisión de competencias entre diversas Administraciones Públicas explica la oposición que a tales normas presentaron en su día diversas CCAA, esgrimiendo en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 22/1988 que se incidía de forma abusiva en la competencia plena que sobre ordenación del territorio y urbanismo habían asumido a través de sus estatutos. El Tribunal Constitucional, en la STC 149/1991, de 4 de julio, estimó que la titularidad demanial reconocida en el art. 132.2 CE implica la competencia estatal para preservar el dominio público y sus características naturales, y asegurar la utilización pública y gratuita del mismo. La citada sentencia reconoció que la ordenación del litoral es ordenación del territorio y por tanto competencia autonómica pero, aún así, resolvió a favor de la mayoría de las disposiciones de la Ley de Costas.

La Ley estatal pretende evitar las consecuencias perjudiciales derivadas de la presión de usos a la que están expuestas las costas, de modo que puedan conciliarse las exigencias de desarrollo con la tutela medioambiental de estos espacios naturales. Para ello, contiene un conjunto de prescripciones con una clara incidencia territorial.

Por una parte, el régimen de utilización del dominio público marítimo terrestre condiciona los usos que pueden soportar estos espacios; por otra, para asegurar la integridad y características naturales del dominio público, la normativa estatal sujeta los terrenos contiguos a la ribera del mar a un conjunto de servidumbres y limitaciones que delimitan el estatuto de la propiedad de estos terrenos, y contiene condicionantes sustantivos de ordenación territorial y urbanística de estos espacios.

Ante la confluencia de distintos títulos competenciales sobre un mismo espacio físico, la Ley incorpora una serie de mecanismos de coordinación, como son la emisión de informes y la planificación participada. Después de desgranar minuciosamente cada uno de ellos, el autor propone una solución novedosa como es la creación de una Conferencia Sectorial en materia de Costas, de composición multilateral, a la que podrían otorgarse funciones directivas y decisorias en aquellos supuestos en los que exista un conflicto derivado del entrecruzamiento competencial o, también, la elaboración de convenios y planes conjuntos de actuación que vincularan a todos los poderes públicos en su actividad sobre el litoral.

Seguidamente examina el régimen autorizatorio del demanio costero, poniendo especial atención en las autorizaciones necesarias para explotar los servicios de temporada ubicados en las playas.

Pero es en el planeamiento urbanístico de los municipios costeros donde aparecen reflejados los distintos intereses en juego. La Ley de Costas establece unos mecanismos que condicionan el planeamiento urbanístico, como son las normas de protección de determinados tramos de costas, la emisión de informes en el procedimiento de aprobación de los planes, las normas de directa aplicación y estándares urbanísticos y la situación de fuera de ordenación de algunos edificios. En opinión del autor, los dos últimos supuestos, las normas de directa aplicación y estándares urbanísticos y la situación de fuera de ordenación de edificios, comportan una auténtica ordenación urbanística y, por tanto, una extralimitación de las competencias del Estado. Esta interpretación, que no ha sido corroborada por el Tribunal Constitucional, se debe a que estaríamos ante un supuesto de

inconstitucionalidad sobrevenida motivada por el cambio de interpretación sobre materia urbanística que trajo la polémica STC 61/1997.

La última parte alude a las dificultades que presenta la edificación. Aunque la normativa de costas ha conseguido poner límite a la caótica situación anterior, el régimen transitorio de la Ley no ha logrado resolver el problema de las edificaciones construidas con anterioridad, pues resulta difícil compaginar el nuevo régimen edificatorio con las indemnizaciones que les corresponderían a los propietarios y de las cuales deberían hacerse cargo los municipios.

4. Los puertos, como conjunto de infraestructuras y servicios que inciden notablemente en la ordenación del territorio, precisan de una ordenación urbanística especial que se recoge en el capítulo tercero. La regulación de estos espacios la llevan a cabo la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante, y la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General.

De la lectura de este capítulo se concluye que las competencias que ejerce el Estado, como titular de los puertos de interés general, tienen carácter prevalente frente a las que ostentan las Comunidades Autónomas o los entes locales sobre dichos espacios, pudiendo condicionar los usos y la calificación de terrenos de la parte afecta a la realización de actividades portuarias y también de los colindantes al dominio público portuario.

Una de las determinaciones urbanísticas más claras contenidas en la Ley de Puertos es la obligación de categorizar la zona de servicio de los puertos como sistema general portuario, lo que constituye un mandato a las Administraciones autonómicas y locales que deben aprobar los planes generales de los municipios en los que hay un puerto. Pero el autor recuerda que no se trata de una clasificación y calificación directa del suelo por parte de la Ley, sino que deberán ser los instrumentos de ordenación urbanística los que realicen tal calificación. Una interpretación distinta implicaría la sustracción de competencias municipales a favor de la Administración estatal.

La Ley estatal de puertos, basándose en los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, establece un sistema propio de coordinación de competencias. El Plan de Utilización de los Espacios Portuarios (en adelante PUEP), junto con el Plan Especial, establecen el entramado básico del espacio portuario comprendido en la zona de ser-

vicio del puerto. Si el PUEP es la expresión normativa en cada puerto de la competencia estatal en materia de puertos de interés general y por ello tiene en su tramitación y aprobación un especial protagonismo la Administración del Estado, en el Plan Especial, este protagonismo le corresponde a la Administración urbanística. Sin embargo, observamos como el PUEP puede contener normas de contenido urbanístico, como por ejemplo la limitación de alturas de los edificios situados en la zona portuaria.

Ambos instrumentos establecen mecanismos que posibilitan la intervención de las otras Administraciones que previsiblemente pueden verse afectadas en sus competencias. En el caso concreto de legislación de puertos estos mecanismos son los informes. Así, en la aprobación del PUEP se contempla el informe de las Administraciones competentes en materia de urbanismo, y en la aprobación del Plan Especial, se prevé un informe de la Administración portuaria, pero este último informe, a diferencia del anterior, no tiene carácter vinculante.

Podría ocurrir que ambas ordenaciones, portuaria y urbanística, ofrecieran soluciones distintas sobre un mismo punto. En este caso la ordenación portuaria del PUEP tendría prevalencia sobre la recogida en el Plan Especial.

Otro mecanismo de coordinación es la exención de licencia urbanística para las obras portuarias que se realicen en el dominio público estatal. Las obras de nueva construcción, reparación y conservación que realizan las autoridades portuarias en el dominio público no necesitan autorización municipal, solamente un informe. Ahora bien, la exención de licencia no alcanza a aquellas otras que, aunque realizadas en la zona de servicio del puerto, sean de otra naturaleza.

5. El cuarto capítulo de la monografía se dedica a las carreteras de interés general o cuyo itinerario afecte a más de una Comunidad Autónoma, es decir, aquellas que conforman la Red de Carreteras del Estado y cuya regulación se encuentra en la Ley 25/1988, de 29 de julio.

En la medida en que la competencia para la planificación urbanística y construcción de carreteras no corresponde a las mismas Administraciones públicas, el autor aborda los mecanismos de coordinación en esta materia, tanto en el ámbito planificador como en el de la ejecución de obras.

La construcción de una carretera conlleva que el espacio afectado por la obra pública vaya a ser destinado a un fin que puede no ser previsto

por el planeamiento municipal. Además, la colisión no sólo afecta al suelo destinado a la carretera, sino también a los espacios adyacentes al mismo que, de conformidad con la legislación estatal de carreteras, van a ver limitadas sus posibilidades de uso y clasificación urbanística, lo que supone un condicionamiento indirecto de las potestades urbanísticas.

Con el fin de identificar cuales son estas limitaciones impuestas al derecho de propiedad y, sobre todo, al planeamiento urbanístico, distingue las zonas que conforman la carretera (zona de dominio público, zona de servidumbre, zona de afección y zona límite de edificación), y posteriormente estudia el régimen jurídico y la clasificación urbanística que le corresponde a cada una. Pero el punto más conflictivo lo encontramos en la clasificación urbanística de los tramos urbanos y travesías, debido a las consecuencias económicas que implica tanto para las Administraciones como para los propietarios de los terrenos colindantes por la pérdida de aprovechamientos urbanísticos.

Los instrumentos de coordinación en materia de carreteras los encontramos, especialmente, en el ámbito de la planificación. Durante la elaboración del planeamiento urbanístico, el municipio está obligado, tanto por la legislación urbanística como por la sectorial, a consultar a distintas Administraciones y, dentro de ellas, a distintos órganos, a fin de que expresen su opinión sobre aspectos variados de su competencia. A tal fin, la legislación de carreteras impone al Ayuntamiento que, en el momento de redactar o revisar los instrumentos de planeamiento urbanístico que afecten a las carreteras, remita el proyecto a la Administración estatal para que el Ministerio de Fomento emita un informe vinculante. En dicho informe, la Administración competente en materia de carreteras debe limitarse a formular sugerencias relativas a la mejor explotación y defensa de las mismas, lo que conlleva que no puedan proponerse soluciones urbanísticas concretas, sino criterios flexibles que deberán ser atendidos por la Administración competente en materia de urbanismo.

La coordinación también será necesaria cuando durante la vigencia de los planes urbanísticos hay que construir una carretera que no está incluida en estos instrumentos. En este caso la ley estatal propone un mecanismo de consulta que permite una decisión consensuada pero que, caso de no llegarse a un acuerdo, llevará a la prevalencia de la competencia en materia de carreteras frente a la urbanística, solución propuesta por la STC 151/2003, de 17 de julio.

La concurrencia competencial que se produce sobre los tramos urbanos y travesías se muestra una vez más en el régimen de autorizaciones para realizar obras o servicios aplicable a dichas zonas.

En la zona de dominio público viario de los *tramos urbanos*, la autorización para realizar obras y actividades la concede el Ayuntamiento, previo informe vinculante de la Administración del Estado, salvo cuando las obras las ejecute el propio Estado. Por el contrario, en el régimen autorizador previsto para las restantes zonas de protección el Ayuntamiento tiene competencia plena para autorizar este tipo de obras, sin intervención de la Administración estatal, siempre que esos municipios cuenten con planeamiento aprobado.

El planteamiento anterior suscita dudas en las *travesías* que, como nos recuerda el profesor ESCARTÍN, forman parte de los tramos urbanos, y por tanto, la autorización de obras o usos a realizar sobre el dominio público de las travesías le corresponderá al Ayuntamiento, sometido al informe vinculante del Ministerio de Fomento.

Esta interpretación, que va más allá del tenor literal del art. 39 de la Ley de Carreteras, es la que mantiene la STS de 8 de enero de 1999 y la que apoya la mayor parte de la doctrina. Sin embargo, posteriormente el Tribunal Supremo ha incurrido en numerosas contradicciones a la hora de analizar la cuestión.

Otro aspecto controvertido al que la Ley estatal no presta demasiada atención es el de la ejecución de las obras estatales en materia de carreteras y la necesidad de obtener autorización urbanística. La construcción, reparación y conservación de carreteras estatales no está sometida al régimen municipal de las autorizaciones urbanísticas, según la Ley, pero la realidad, una vez más, demuestra que existe una notable conflictividad en su aplicación práctica, sobre todo en los tramos urbanos y travesías.

6. Como colofón al trabajo, el autor incluye unas conclusiones en las que recoge la tesis expuesta a lo largo de la monografía: el Estado no puede dictar normas de contenido urbanístico porque carece de título competencial para hacerlo, pero abundan los ejemplos de incidencia sectorial sobre la normativa urbanística. Por tanto, la regulación de la ordenación territorial y el urbanismo no es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, sino más bien una competencia concurrente con el Estado que, por medio de la legislación

BIBLIOGRAFÍA

sectorial, puede incidir en un ámbito tan importante como es el dominio público de su titularidad.

La capacidad que ostenta el Estado para incidir en la ordenación urbanística no constituye, formalmente, la atribución de competencias urbanísticas a la Administración estatal o la habilitación para que el legislador estatal regule materias propiamente urbanísticas. Se trata, más bien, de un reconocimiento que le permite condicionar dichas potestades para evitar que queden sin efecto las previsiones sectoriales.

Al interés de la obra se une la claridad expositiva y el pertinente acompañamiento de citas doctrinales y jurisprudenciales que evidencian un tratamiento exhaustivo de la materia. El lector se encontrará no sólo ante una investigación profunda y rigurosa, sino ante un novedoso estudio en el que se aporta una exposición reflexiva de los problemas que plantean las relaciones interadministrativas en materia de urbanismo y bienes de dominio público, y se proponen soluciones lógicas y acertadas que servirán para ilustrar al operador del derecho en este interesante tema.

María del Mar VILLAGRASA ROZAS

GONZÁLEZ-ORDOVÁS, M. J. *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

De formas y normas es mucho más que una reflexión urbanística desde la Filosofía del Derecho. Es una cartografía social a través del análisis de la ciudad como espejo de los tiempos. La obra reúne seis artículos que intentan comprender las razones que se esconden tras las ciudades que habitamos para entender mejor la sociedad en que vivimos.

Una reflexión subyace a lo largo de todo el texto: la necesidad de que la Filosofía del Derecho analice la ciudad. Partiendo de la idea de LÉVY-STRAUSS que afirma que «el espacio posee sus propios valores», la noción de la ciudad como metáfora y espejo de la sociedad, cuya observación y estudio nos ayudará a conocernos mejor, recorre toda la obra. Así lo entiende la autora cuando afirma que «Si analizamos la ciudad nos analizamos a nosotros como grupo en toda nuestra complejidad: nuestra normativa pero también sus fundamentos, sus motivaciones e incluso incumplimientos (1)». La Filosofía del Derecho tiene, por tanto, en el análisis de la ciudad, un objeto de estudio ineludible, si aspira a entender la sociedad en la que vive para poder fundamentar mejor el derecho positivo.

Esta reflexión debe ayudar a superar la idea de ciudad culpable, como generadora, a través de la morfología urbana, de todos los males diagnosticados, para profundizar en el análisis asumiendo que «es la morfología social y no la urbana la que finalmente establece para qué sirve y qué significa un lugar y su entorno (2)».

Las formas reflejan fondos, o como dice la autora recordando a Maffesoli, «La forma es formadora (3)», y la forma de la ciudad refleja la sociedad que la habita; una sociedad cuyas contradicciones configuran también el modelo urbano. En el artículo «La ciudad en clave de riesgo. El derecho a la seguridad o la obsesión por ella» se analiza cómo la idea de sociedad del riesgo desarrollada por Ulrich BECK explica buena parte de

(1) GONZÁLEZ-ORDOVÁS, M. J. *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*. Tirant lo Blanch, Valencia 2010. p. 137

(2) *Ibid.* p. 73

(3) *Ibid.* p. 146

las contradicciones que nuestras ciudades reflejan. Cada vez más preocupadas por la demanda de seguridad que origina el miedo, se planifican de una forma cada vez más zonificada y menos propensa al encuentro y la mezcla. El resultado son ciudades donde cada espacio tiene su función, separado de otros espacios y de otras funciones, comprometiendo así la idea de ciudad como lugar de encuentro con el otro. La unión entre semejanza y cercanía asimila lo cercano a lo conveniente, y por lo tanto, descarta la diferencia. La ciudad ya no es el sitio de mezcla, encuentro y mestizaje donde nos encontramos con el otro, sino que queda reducida al espacio de los semejantes. Si la ciudad es relación, como se afirma en esta obra, nuestras relaciones, y por lo tanto, la ciudad, ha quedado reducida al espacio delimitado por el encuentro con nuestros semejantes. Ya nadie confía en nadie. Llevándolo al extremo, esta idea explica el fenómeno de la ciudad privada, con espacios y accesos gestionados por entidades privadas, cuyos habitantes intentan protegerse de los riesgos que perciben en los otros, desentendiéndose también de ellos, y por ende, del resto de la sociedad. La forma de la delimitación y el vallado, refleja por tanto, un fondo de miedo, inseguridad, protección y la manifiesta voluntad de exclusiva relación con el semejante y absoluta indiferencia hacia el resto de la sociedad.

Nos recuerda la profesora GONZÁLEZ-ORDOVÁS la función que WEBER daba a la ciudad como espacio comercial, siendo el hábitat propio de una sociedad de consumidores protagonizada por una burguesía orientada por unos medios económicos racionales. A partir de ahí, la autora hace suya la identificación de Pablo Arias de tres funciones en la ciudad actual que reflejan los valores imperantes: el consumo, el ocio y nuevos centros de gestión. Consumo y ocio, que se asemejan cada vez más, se producen en una sociedad gobernada por el Deseo, donde, recurriendo a Lipovetsky, la profesora GONZÁLEZ-ORDOVÁS recuerda las ideas de una sociedad «conjuntiva» donde no es preciso elegir. Todo es posible y está a nuestro alcance, según clama la publicidad que inunda el tiempo y el espacio fundido en la sociedad líquida. El «o» —o esto o aquello—, ha sido sustituido por el «y» —esto y aquello—. Y es que ese deseo infinito y el espejismo de que la satisfacción del mismo conducirá a la felicidad, está en la base de un sistema global de capitalismo de consumo, al menos en la pequeña parte privilegiada del mundo en la que vivimos, donde la Libertad se ha convertido en libertad de compra. En esa lógica, la ciudad debe responder a esa necesidad de consumo, y para ello, el espacio y el

tiempo desaparecen en centros comerciales donde la «estética del contenedor» —sin referencias temporales, ni territoriales, herméticos y ajenos a lo que pasa al otro lado de sus paredes— refleja esta necesidad creada y re-creada de consumo, que produce individuos permanentemente insatisfechos con la necesidad de ver cumplidos sus deseos para satisfacer esas necesidades. «Ante la ausencia de modelos creíbles y movilizadores (...) el consumo construye una parte importante de la identidad. Somos lo que consumimos y, en consecuencia, calificamos o descalificamos a los demás en función de qué y cuánto consumen, por encima de filiaciones nacionales, religiosas o sociales el consumo es nuestra principal seña de identidad... (4)».

El omnipresente consumo es cuestionado por la idea de sostenibilidad. «La soledad del individuo en una sociedad sin hombres sustituida por una sociedad de consumidores afecta, y no poco, a nuestras ciudades (5)». La autora se interroga sobre la posibilidad de conciliar ciudad y sostenibilidad, entendida ésta en sus tres vertientes económica, social y ambiental. «El impulso de vivir el presente característico de nuestra sociedad en detrimento de cualquier otra consideración a medio y largo plazo puede poner en grave riesgo la continuidad de algunas de nuestras preferencias (6)». La sostenibilidad, sin embargo, supone en expresión de Daniel Innerarity, «sentar al futuro a la mesa de negociación (7)» y hacerle partícipe de las decisiones del presente. Por eso la sostenibilidad, entendida de este modo, es un compromiso ético con todos los habitantes del planeta, presentes y futuros, que exige un nuevo «Contrato social».

Y en este escenario someramente descrito que la obra desmenuza con agudeza y audacia, ¿qué papel juega el Derecho? En opinión de la autora, el Derecho es, a través de la planificación, una herramienta para «evitar un crecimiento aniquilador». Se entiende, por tanto, que el Derecho debe apoyar la idea de sostenibilidad reflejada, como un principio que inspire toda la planificación. Sin embargo, la autora identifica varios impedimentos para que así sea: En primer lugar, la ausencia de una definición sustantiva de desarrollo urbano sostenible en la normativa estatal o en la jurisprudencia. Hay que acudir a leyes autonómicas de Ordenación

(4) Ibid. p. 117.

(5) Ibid., p. 65.

(6) Ibide., p. 74

(7) INNERARITY, D., *El futuro y sus enemigos*. Paidós, 2009.

Territorial o Urbanismo para ver cómo esta idea de la sostenibilidad se va concretando. Por otro lado, se alude a la fragmentación competencial como obstáculo para integrar urbanismo y medio ambiente. «... la Constitución Española consagra la fragmentación competencial de la intervención sobre un único bien jurídico, el suelo, lo cual conduce a problemas de integración y armonización del derecho urbanístico, ambiental y de la ordenación del territorio (8)». Hay que recordar que el artículo 148.1 de la Constitución española atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia sobre «la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda», a lo que hay que sumar las atribuciones de «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas» que la Ley de Bases de Régimen Local otorga a los municipios.

Pero la profesora GONZÁLEZ-ORDOVÁS va más allá y afirma que la existencia de denuncias ante los tribunales por posibles delitos urbanísticos en actuaciones que contaban con las autorizaciones pertinentes de la Administración, indica que «el Derecho Penal no es una herramienta inoperante pero que en el ámbito urbanístico se observa una aplicación selectiva del mismo. Esto es, el Derecho ofrecería opciones jurídicas de entre las cuales la Administración decidiría en cada momento cuál aplicar. Dicho de otro modo, el Derecho es una herramienta al servicio de la voluntad política y social (9)».

La opción de la profesora GONZÁLEZ-ORDOVÁS se manifiesta claramente: «Las relaciones de vecindad precisan que el derecho ejerza su papel de servicio público, entendido por Duguit como solidaridad social, que impida toda forma de segregación pero que al tiempo se abstenga de asignar usos demasiado específicos a los enclaves urbanos que impidan a los ciudadanos desarrollar el imprescindible margen de libertad para hacer de la vida urbana una vida activa. (10)»

Como se puede observar, *De formas y normas* parte de un audaz análisis de la sociedad actual de la mano de la Filosofía del Derecho para pasar después a explicar las formas, y por lo tanto, el fondo, de las ciudades que habitamos.

(8) GONZÁLEZ-ORDOVÁS, M. J., op.cit. p. 78

(9) Ibid. Pág. 81

(10) Ibid. p. 83

Esta es una obra de crítica para la esperanza: crítica fundamentada en un riguroso análisis que se interroga por los fondos de las formas, para a partir de allí generar la esperanza en el futuro. Esperanza que la profesora GONZÁLEZ-ORDOVÁS describe en forma de aspiración: «Que la ciudad no sea Estado sin sociedad ni sociedad sin Estado, que la forma urbana no sea consagración legitimante de la desigualdad, que la administración de lo público procure los máximos niveles de justicia sin impedir la espontaneidad que en lo político llamamos libertad (11)».

Cristina MONGE LASIERRA

(11) *Ibid.*, p. 37

LOPEZ RAMÓN, Fernando, *Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad*, Marcial Pons, 2009, 309 pp.

1. Nunca había entendido el vigente régimen jurídico de los espacios naturales, acaso porque se compone de distintas capas a las que no resulta fácil llegar, salvo que se pueda ir de la mano de alguien que vaya destapando los temas importantes. Y esta ayuda es lo que presta López Ramón en el libro que voy a comentar y del que sólo cabe lamentar su título tan poco comercial: pues sinceramente creo que debería ser de lectura obligatoria para muchos responsables políticos y estudiosos del derecho.

A más de un político, su lectura le debería hacer enrojecer porque aunque no va de corrupciones, trata de algo mucho más serio: la decidida y voluntaria falta de comprensión por parte del Estado central del pluralismo territorial. Es decir, es un ensayo sobre la necesidad de que el Estado abandone luchas absurdas por la gestión de espacios y se dedique a su tarea de articular competencias y responder a los problemas sustantivos de la regulación de la diversidad, que aparecen perfectamente identificados a lo largo de la monografía. Para el autor resulta sorprendente que el fenomenal esfuerzo de colaboración administrativa que la protección de la diversidad requiere carezca de un adecuado régimen jurídico.

Y aquí está el interés para los estudiosos del derecho ambiental. Pues aunque no se analiza el régimen jurídico de los espacios naturales de manera completa o sistemática, la metodología adoptada da al lector las herramientas apropiadas para adentrarse con solvencia en cualquiera de los cientos de normas protectoras que hay en la España autonómica.

2. En su metodología se identifican los cuatro principales problemas de la biodiversidad, que sirven para dar título a las distintas partes del libro: problemas históricos (pp. 19-68), problemas políticos (pp. 71-125), problemas competenciales (129-208) y problemas sustantivos (211-272). Esta opción no es retórica, pues refleja que se trata de un estudio muy poco complaciente con lo que tenemos (¿y también un tributo a Montaigne?). Y no es retórica pero resulta algo fría, o excesivamente objetiva, porque por las cuatro partes se van desplegando las tesis del autor, bajo las distintas perspectivas de estudio, sin que estas ideas se traduzcan con

toda la fuerza que tienen, en los respectivos títulos (que, por cierto, son traducidos al inglés).

Tras la cuádruple problemática, hay una densa «reflexión final» que cierra el libro y donde quedan bien claras las ideas del autor acerca de cómo debería desarrollarse la biodiversidad en España; dos apretados anexos de legislación y jurisprudencia citadas (más de 70 normas y bastantes más de 100 sentencias) y una amplísima bibliografía.

3. Una primera idea central del libro es que *la protección de los espacios representativos de la biodiversidad es un sector o una parte del derecho ambiental con su propia sustantividad*. Así dicho, puede parecer una obviedad, pero no debe serlo tanto cuando se ha cuestionado (en la doctrina y en la jurisprudencia del TC) que forme parte del derecho ambiental, en cuanto derecho que lucha contra la contaminación del aire, el agua y el suelo. En el fondo de esta dificultad radica la llamada transversalidad de la protección ambiental, que es otra forma de decir que lo ambiental a veces se limita a *incidir* en lo sectorial (dando un poco de color verde), u, otras veces, es *atraído por* lo sectorial (por ejemplo, se ha defendido que la protección de espacios no sea más que ordenación del territorio).

Y digo que esta idea es central porque tiñe todas las páginas del libro: aunque especialmente, la revisión histórica y las soluciones a los problemas sustantivos.

4. En efecto, la perspectiva adoptada —la protección ambiental en cuanto fin en sí misma— condiciona la *revisión histórica* de los parques naturales, que se detiene tanto en aspectos sustantivos como organizativos.

En cuanto a lo organizativo, la historia es común a otros sectores: de una organización participativa (Comisaría de Parques Nacionales) y apoyada en Juntas rectoras se pasa a otra burocratizada; en este caso, bajo la dependencia del Ministerio de Agricultura manteniendo los órganos en régimen de participación funciones consultivas (Consejo Superior de Caza, Pesca Fluvial, Cotos y Parques Nacionales).

5. La descripción histórica es pura, entendiendo por esto que está desprovista de adornos innecesarios. Por ejemplo, no incluye entre los antecedentes la defensa ambiental «incidental» o la que viene a ser una hermana menor de los bosques o de la caza, y que, por tanto, se hizo al hilo de estas otras regulaciones: ni las Reservas Reales de Caza ni otras

figuras creadas, durante la Dictadura de Primo de Rivera, para promocionar la salud pública (1) son objeto de su atención.

El autor entiende, pues, que la protección de espacios ambientalmente valiosos tiene un nacimiento brillante en 1916, que es cuando se regulan por primera vez los Parques Nacionales como algo específico, respondiendo a la idea de una élite de krausistas y regeneracionistas que aspiraban a dispensar protección legal a un «cuadro» o un paisaje.

Pero del nacer brillante pasamos a una historia fallida. De hecho, destaca enseguida cómo durante la Dictadura de Primo de Rivera se desvaloriza el sistema establecido por la Ley General de 1916, cuando por la necesidad de consumir grandes esfuerzos en Covadonga y Ordesa sólo se establecen parques con carácter honorífico (p. 39). Por su parte, el largo periodo franquista se resume en dos palabras: «protección forestalizada», que bien ejemplifican las Leyes de Montes de 1957 y de Conservación de espacios de 1975. *A juicio del autor, esta «forestalización» ha condicionado la protección de espacios, incluso tras el hito de la declaración de Doñana en 1969, primer parque no forestal, ubicado en una marisma (aunque guarda en común con los tradicionales que era un importante Coto de Caza). Sin embargo, poco después, la Ley de Doñana (1978), primera Ley ecológica de la democracia, simboliza el primer paso hacia el abandono de esta vinculación entre la protección natural y los montes.*

6. Por esta visión de la protección ambiental pura, aunque también por otras cosas, resulta muy crítico con la atribución al prestigioso Cuerpo de Ingenieros de Montes de las funciones de conservación de la naturaleza; y si a primera vista esta crítica —que es fácil vistas las cosas un siglo después— puede resultar anacrónica (y más si pensamos en la magra función pública de la época vertebrada sobre grandes cuerpos de funcionarios),

(1) Por ejemplo, en 1928 se dicta el Real decreto-ley creando un Patronato de la montaña de Montseny para llevar a cabo la restauración integral de la montaña y también para lograr el mayor esplendor de sus riquezas naturales. Los fines asociados a este espacio son, sin embargo, sanitarios o de esparcimiento de la población y, entre otras cosas persigue el fortalecimiento de la «virilidad física de la raza». Es decir, se trata de una Ley que aún respondiendo al sentido de protección natural de la Ley de Parques Nacionales de 1916, se aparta de sus previsiones. Realmente en su origen, el Patronato, administrado por la Diputación provincial de Barcelona, vendría a parecerse a los parques periurbanos de la legislación andaluza, pero con la peculiaridad de que el Montseny hoy alberga varias especies prioritarias y tres tipos de hábitats de la red Natura 2000. Destaca de la Ley de 1928 que se reconoce a los propietarios el derecho a solicitar la expropiación de sus fincas, cuando estimen perjudicial para sus intereses la ejecución de plan de repoblación o la limitación de su explotación (art. 5).

enseguida resulta muy sugerente. Según el autor, los ingenieros de montes, que fueron responsables incluso tras la constitución del ICONA ya en los años 70 (1971), dejaron desprotegidos a los ríos, las costas o incluso a los terrenos agrícolas (p. 51).

Francamente, por más vueltas que se le de a este problema, aún está por resolver la relación de la protección ambiental con lo sectorial y López Ramón apunta una dirección interesantísima, que no es otra que la ordenación espacial. Voy a centrarme para explicar un aspecto (de los muchos que esta monografía me ha sugerido) en un recurso natural como el agua, que resulta multifacético. Es cierto que la atribución al Cuerpo de Ingenieros de Montes de la protección de los ríos exigía que funcionase una colaboración interadministrativa con los del Cuerpo de Obras Públicas, que no siempre se produjo y, en lo que conozco, esta falta de colaboración determinó, por ejemplo, que en muchas presas no se aplicara la Ley de Pesca de 1942 (esta Ley exigía la instalación de escalas para el paso de peces o bien, cuando ello no fuera posible, la adopción de medidas de protección sustitutiva). Podemos recordar que en los años 40 se dictó una interesante «normativa productivista» de los ríos (tanto del aprovechamiento de riberas como de la riqueza piscícola), que sin embargo, en su letra, resultaba muy protectora y cuya aplicación —que no se produjo— se encomendó al Servicio Nacional de Pesca Fluvial (órgano burocrático, que también estaba encargado de las funciones de gestión de parques y sitios).

De hecho, este Servicio tenía a su cargo tanto la Ley sobre repoblación forestal de las riberas de ríos y arroyos de 1941, como la de pesca a la que acabamos de referirnos. Y eran normas bien concebidas; pero que, sin embargo, *ni dentro ni fuera de los espacios protegidos* alcanzaron sus objetivos indirectos (en la primera ley, la restauración de cauces había de favorecer la riqueza piscícola; en la segunda, el establecimiento de pasos y escalas de peces en presas daría conectividad a los ríos y, con ello, pervivirían las especies migratorias). En concreto, la Ley de protección de riberas exigía un previo deslinde del que hay escasísimos rastros en la Gaceta; la de pesca fijaba un plazo para instalar pasos y escalas en concesiones preexistentes y señalaba el procedimiento para incluir previsiones específicas (modos) en las concesiones otorgadas tras su entrada en vigor. Tanto para las preexistentes como para las nuevas, la Ley de Pesca quedó prácticamente inaplicada (e incluso, ya lo hemos dicho, en presas construidas en espacios naturales). Lo que entiendo que puede desprenderse de lo que apunta el autor, es que habría beneficiado

a la protección del agua en espacios protegidos la existencia de una organización específica (y no tanto que la aplicación de las normas que comento se hubiera encomendado a la propia organización hidráulica o, en otras palabras, a los ingenieros de caminos de la época).

Es posible que hubiera sido así (siempre podemos especular sobre si una organización especializada en parques, que funcionara con una adecuada normativa, habría conseguido una mejor protección de cursos de agua en espacios protegidos, tema que hoy más que nunca está por resolver), pero tampoco debemos desconocer que esta inoperancia refleja esa idiosincrasia española caracterizada por la falta de aplicación de unas normas jurídicas excesivamente ambiciosas, que se reiteran una y otra vez. Tiene interés leer la reforma del reglamento de la Ley de pesca en 1946, que prohíbe el vertido en las aguas salvo autorización, advirtiendo que, en los vertidos a costas, serán competentes las Autoridades de Marina y en la reiteración que se hace en la orden de 8 de agosto de 1960 —ya después de la promulgación del Reglamento de policía de aguas de 1958 y la puesta en marcha de las Comisarías de aguas—de que la protección de las aguas se rige por la Ley de Pesca («los asuntos relacionados directa o indirectamente con la alteración de las condiciones biológicas, físicas o químicas de las masas de aguas continentales, públicas y privadas, que puedan perjudicar a los peces y otros seres útiles que, de modo permanente o transitorio, viven en las mismas son contemplados por (...) la Ley de Pesca y es la Dirección General de Montes el órgano competente encargado de hacer cumplir la citada Ley»).

7. Cierra el apartado histórico una referencia a la Ley del suelo, que desde su primera aprobación en 1956, ha previsto planes especiales de protección del medio físico y del paisaje. Y aquí es donde aparece una de las ideas del autor: *la alternativa territorial frente a la forestal (en cierto modo, el autor vendría a defender que la protección de espacios sea atraída por una ordenación espacial protectora e integradora)*.

La valoración de la protección que puede dispensar la legislación urbanística es positiva, aunque también tiene sus sombras: en la ordenación territorial está ese «plus de protección» que requieren los espacios naturales..., pero la visión territorial habría sido más útil de haberse regulado no sólo la aprobación de un plan de ordenación de recursos naturales (PORN) sino también instrumentos de gestión de la naturaleza, lógicamente distintos de los urbanísticos. Más abajo volveremos sobre este problema, que no ha sido en absoluto corregido por la vigente Ley 42/2007 de la Biodiversidad.

En todo caso, y al margen de este déficit de gestión, el autor manifiesta que la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas se apoyó en la «alternativa urbanística» (defendida por los técnicos urbanistas transferidos desde el principio a las Comunidades Autónomas, que colaboraron con biólogos), quedando marginada la visión de los «forestales» del ICONA (que tardaron más en transferirse, conservando su reducto en el organismo público «Parques Nacionales», desde su creación en 1995, p. 109).

8. El sabor de boca que deja la revisión histórica no es demasiado placentero. Es una historia en la que parece que sólo se cambia el nombre de las cosas: hemos tenido parques nacionales, sitios nacionales, sitios naturales, monumentos naturales, parajes pintorescos, jardines del Estado, reservas nacionales de caza, cotos y refugios naturales de caza y ahora las figuras de protección autonómicas, comunitarias (Red Natura 2000) e internacionales (Humedales de Importancia Internacional, Geoparques, Reservas de la Biosfera, etc.). De las figuras nuevas autonómicas, para él tienen interés por sus finalidades específicas: sitios de interés científico de Canarias y corredores ecológicos de Extremadura (p. 119).

Ahora bien, esta pluralidad de nombres o figuras de protección cobijan un mismo objeto y, por eso, al final siempre encontramos planes de ordenación, órganos colegiados de gestión y limitación gradual de actividades privadas, separando los núcleos más duros (que no tienen por qué corresponderse con una única zona continua) del resto del parque, y en un tercer nivel, las zonas colindantes. Y también siempre aparecen las mismas dificultades: determinar el orden de prelación de los planes de protección con otros planes urbanísticos o sectoriales. No se puede pasar por alto que el orden de prelación tiene cada vez más importancia práctica, habida cuenta de la proliferación de los instrumentos de planificación y del mayor grado de detalle de todos ellos: si no sabemos ordenar los distintos planes sectoriales, difícilmente se conocerá el régimen jurídico aplicable a cada espacio.

Quizá por lo anterior, resulte hoy más importante que nunca encontrar esta protección ambiental pura. Y que esta protección sea capaz de discriminar los lugares donde pueda imponerse a cualquier otro interés público y se abandonen las declaraciones programáticas, populistas y enfáticas que sólo generan desconcierto en la opinión pública y falta de seguridad jurídica en el plano normativo. En este sentido, la principal crítica del autor

es que el Estado, enquistado en conservar parcelas de gestión, no ha sido capaz de dictar una legislación básica que regule los procedimientos de toma de decisiones, que permitan ponderar las distintas exigencias de protección —cuánto queremos proteger— con valores económicos.

9. Otra de las consecuencias de no haber sabido dónde encajar la protección de espacios, se encuentra en la distribución competencial, que sigue pareciendo imposible de determinar. Y, en este punto, la revisión de la jurisprudencia constitucional es desoladora. El autor nos «desnuda» la jurisprudencia y el resultado no es precisamente el canon de belleza griego.

En un primer momento, porque el TC rechazó que los espacios fueran medio ambiente, alegando que se trataba de montes u ordenación espacial, pero en todo caso algo de naturaleza distinta de las técnicas complejas de lucha contra la contaminación procedente de actividades económicas. Podemos recordar que esta realidad tenía su contrapunto normativo (las distintas fórmulas utilizadas en los Estatutos para asumir estas competencias) y su finalidad bienintencionada (creer que otra respuesta conduciría a un desapoderamiento de competencias estatales). Pero ni una cosa ni la otra sirven para justificar esta confusa jurisprudencia

Y así la ubicación de los espacios ha pasado en la jurisprudencia del TC desde lo forestal, a lo específico (es una materia propia) y, por fin, a la protección ambiental, que es su lugar natural, como confirma el autor con toda rotundidad (p. 147). Como es sabido, fue la STC 102/1995 la que dio este cambio de rumbo. Ahora bien, quince años después, seguimos con las mismas peleas ya que el Estado no se resigna a perder competencias de gestión, si bien en el reducto exclusivo que le queda, que es el de los espacios marinos.

El resumen es que si al TC le ha costado casi 20 años [y, de momento, 18 sentencias (2)] entender la distribución competencial en espacios, el legislador estatal (que ha dictado 6 leyes de reforma sobre reforma) aún no ha sido capaz de asimilarlo.

(2) El BOE de 6 de agosto de 2009 publica el recurso de inconstitucionalidad número 6964-2009, promovido por el Presidente del Gobierno contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 7/2009, de 6 de mayo, de modificación del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario.

10. Al lado de esta batalla jurídica en la «arena» constitucional, están las actuaciones. Por un lado, se presenta (en las pp. 98–99) un expresivo cuadro de los Parques del Estado, (desde 1916, revisando las reclasificaciones). A juicio del autor, esta escuálida lista no justifica la «defensa numantina de los reductos de poder directo» de conservación (p. 130) que no puede apoyarse en valores simbólicos; como expresivamente dice: ni la raza, ni la patria, ni la nación pueden identificarse con los parques nacionales (p. 170). Por otro, nos manifiesta que «la opción descentralizadora confirma (...) un mosaico de interesantes y significativos esfuerzos en materia de conservación de la naturaleza» (p. 99).

Me gustaría llamar la atención sobre un punto en el que al autor nada contra una corriente doctrinal «autorizada» del Estado autonómico (que responde a un cierto sentir social) y que particularmente me ha interesado muchísimo del libro: que *López Ramón reclama una mayor gestión autonómica, sin que ello vaya en detrimento de las funciones del Estado*. Desde esta perspectiva, no ahorra críticas para los instrumentos de gestión que se ha reservado el Estado en la Ley 42/2007: en particular para la elaboración de un plan estratégico, y no por la previsión de un plan director (que encajaría perfectamente en las bases del art. 149.1.23 CE), sino por su vocación a la ejecución a través de planes sectoriales (recapitula más adelante, en p. 165, el listado de competencias que actualmente conserva el Estado y vuelve sobre ello en p. 201). En esta línea, lógicamente también es crítico con la reserva de las áreas marinas protegidas y los parques internacionales.

Por otra parte, la falta de interés en descentralizar en Comunidades Autónomas los parques nacionales enquista las transferencias al ser difícil, entre otras muchas cosas, determinar la dotación que asigna el Estado. Como no es lógico fijar una cantidad por hectárea, ¿se asigna la que tenía antes el parque, haciendo abstracción de que ha habido parques que, por las razones que sean, tienen mejores «históricos» de dotaciones presupuestarias? No afrontar de cara las transferencias, determina disfunciones no asumibles (¿por qué no se ponen de acuerdo Castilla y León, Cantabria y Asturias para la gestión de Picos de Europa?) (3). Y, adoptando la postura del avestruz, la reciente Ley estatal se limita a crear un «Fondo» para el patrimonio natural y la diversidad, con 20 objetivos financiados distintos, lo que ya entraña una gran perversidad

(3) En corrección de pruebas, se han publicado los Reales Decretos de Transferencias de este Parque a Cantabria, Asturias y Castilla y León (RRDD 1740/2010, 1741/2010 y 1742/2010).

desde esta perspectiva de la financiación autonómica (art. 74 de la Ley 42/2007, p. 91).

A su juicio, el Estado tiene un papel fundamental que cumplir en la traducción a derecho interno de la Red Natura y este papel fundamental es, además, el que le atribuye la Constitución en el art. 149.1.23, que se refiere a los aspectos básicos de la protección de la biodiversidad. Cuando se refiere a Comunidades Autónomas, siempre las escribe en minúsculas y considera absurdo que el lenguaje políticamente correcto haya conducido a cambiar el nombre de los distintos organismos nacionales de protección de la naturaleza: que ahora se llaman organismos estatales: «Obsérvese que el concepto de lo nacional se excluye del lenguaje políticamente correcto en el ámbito del Estado» (p. 90).

11. En suma, la pelea por lo competencial ha determinado el abandono de la incorporación de la Red Natura 2000, pero también de la definición de los derechos y deberes de los propietarios afectados. El resultado de 30 años de Estado autonómico es que el poder central, que dispone de un «buen arsenal» de técnicas de protección, no ha acertado a construir una red de espacios, habiéndose obtenido un sistema atomizado de protección (el Estado se ha ocupado de «sus» espacios, despreciando la construcción de una auténtica red). Nos sugiere que la respuesta también está en no haber contado con otros actores: Comunidad Europea y Comunidades Autónomas.

Es éste el contexto en que el autor pide un gran pacto político: responsabilidades de cada instancia, mecanismos de coordinación, pautas de intervención comunes y procedimientos de evaluación de resultados.

12. *Como ya hemos señalado, y ahora en otro orden de cosas, el autor apuesta decididamente por la vinculación de la protección de la biodiversidad a la ordenación territorial y urbanística. Y de aquí se derivan distintas consecuencias.*

Una primera sería que la aprobación del plan debería ser, de acuerdo con el proceso más lógico, la primera de las medidas a adoptar, sin admitir en principio excepciones: tal y como explica Alfonso Mulero Mendigorri (2002), los PORN siempre tienen que ser anteriores a la declaración de las zonas protegidas.

También, desde esta perspectiva, se permitiría dar entrada a las entidades locales en la gestión (incluso en fórmulas consorciadas de gestión de parques) y que la cooperación transfronteriza se abriera sitio, descartando

para la gestión de espacios las relaciones internacionales. Sin embargo, ni el Estado ni las Comunidades Autónomas han llevado a cabo ninguna coordinación y, en algunas CCAA, precisamente por ello los planes urbanísticos abusan en la clasificación de suelos rústicos de especial protección natural, donde no cabe prácticamente ningún tipo de uso. Todos conocemos supuestos de municipios limítrofes en los que la zona protegida tiene su raya ahí donde acaba el término municipal.

Otra segunda consecuencia es que, al igual que los planes urbanísticos, los planes de ordenación de espacios naturales pueden establecer reglas del uso del suelo y ordenar actividades económicas, imponiéndose ahí donde verdaderamente sea imprescindible a otros instrumentos de planificación (territorial y sectorial). Está aún por asumir que el fin de la redacción de planes de ordenación espacial ha de ser el máximo de conservación, sin preferir la posibilidad de realizar actividades económicas pues al fin y al cabo, éstas son las que permiten la vida de las personas.

Esta perspectiva —o función específica de los planes de protección ambiental— permitiría superar tanto los defectos como los excesos de la protección urbanística: los defectos constatados por los usos abusivos del territorio; los excesos están, entre otras cosas, en la categoría de suelo rústico de protección (en el que apenas se admiten usos) que los planes generales dispersan por el territorio de manera poco meditada y al margen de esta idea de red que el Estado bien podría definir.

Otra tercera consecuencia es que ha de preverse la gestión, que ahora se lleva a cabo de forma fragmentaria. Pero esto es otro capítulo, cuyas primeras páginas aún están por escribir.

13. Entre los principales problemas normativos destaca la falta de encaje entre las figuras nacionales y comunitarias y que, muchas veces, el intérprete no sabe si la protección natural resulta de máximos o mínimos. Parques, preparques, zonas con distintas regulaciones de uso, cuyos límites se trazan con base en distintos criterios... tenemos los parques más extensos de Europa, pero ¿absolutamente toda su extensión merece la aplicación más rígida de las directivas de la protección de aves y hábitats?

El desinterés por la incorporación del sistema de protección comunitario, ya se advierte en la Ley (4/1989) de Conservación de Espacios, que no consideró la Directiva Aves, que ya estaba vigente, ni después traspuso adecuadamente la Directiva hábitats (1992), incorporada al ordenamiento español por Real Decreto 1907/1995. No obstante, y pese a las dificulta-

des prácticas derivadas de exigir que el PORN precediera a la declaración del parque, valora positivamente este instrumento de planificación por tratarse de un instrumento sectorial de ordenación territorial, prevalente frente a la ordenación territorial, pero con previsiones sólo indicativas en cuanto a la planificación sectorial (p. 84). Destaca que esta Ley por primera vez atiende a la protección de la fauna y la flora.

De la Ley 42/2007 de Patrimonio natural dice que las novedades que presenta son «de poco fuste, colaterales y ajenas a los grandes problemas que venían planteándose» (p. 89). En la Ley se «aclara», aunque sólo formalmente, la vinculación de los planes de ordenación a la planificación sectorial al advertir que los planes serán determinantes (art. 18.3), en el sentido de que los sectoriales podrán apartarse de ellos previa motivación. Acaso hubiera sido mejor, como tantas veces indica López Ramón, que se hubieran traspuesto las Directivas comunitarias señalando que será muy difícil la motivación cuando haya hábitats prioritarios y mucho más sencilla en otros casos.

14. Junto con la falta de incorporación real de la Red natura, el segundo problema sustantivo es el de cómo equilibrar la protección ambiental y una rentabilidad adecuada a la propiedad privada.

Ya en la parte histórica se cuenta que por el camino se han perdido la intervención de los propietarios y el interés por armonizar la protección natural con el mantenimiento o promoción de actividades económicas que permitan la subsistencia de las personas que viven en las zonas protegidas. En un libro de viajes que narra el recorrido de dos naturalistas (y cazadores) británicos por España a principios del siglo XX, y donde se contiene una descripción más científica que romántica de la fauna de nuestros valles, sierras, lagunas, dunas y marismas, dicen: «Amamos España principalmente porque es salvaje y desierta pero porque la amamos, deseamos naturalmente que avance hasta alcanzar la posición que le pertenece entre las naciones. Con todo, tal desarrollo material no necesita, ni tiene por qué implicar la destrucción total de sus bellezas naturales. El desarrollo a este precio no armonizaría con el genio peculiar de la raza española y, cuando confiamos en que el desarrollo tenga lugar, no recelamos de efectos secundarios» (4).

(4) Abel CHAPMAN y Walter J. BUCK, *La España inexplorada*, 1910, utilizo la publicación de la Junta de Andalucía de 1989, p. 27. Los autores ponen el ejemplo de las estepas cerealistas y las avutardas. Y si sólo nos fiáramos de este ejemplo, tendríamos que concluir que la protección de la biodiversidad, con todas sus pegs, ha dado sus frutos: el plan de estepas cerealistas de Castilla y León se cuenta entre los programas de protección más exitosos de las políticas agroambientales comunitarias.

En la jurisprudencia constitucional también se ha perdido la oportunidad de entrar a fondo en esta problemática [Germán Valencia (5)]. Al igual que sucede con la legislación, estos problemas han estado «abandonados» (p. 237) por el tejer y destejer en lo competencial. Esto no significa que no haya habido decisiones importantes que aportan criterios utilísimos (como el de la utilización consolidada de los predios de la STC 170/1989 de la cuenca del Manzanares), pero aún hay que dar la clave que explique cómo el contenido esencial de la propiedad determina que las limitaciones que exija la función social sean indemnizadas cuando se produzca cualquier tipo de merma patrimonial, sin necesidad de que se refiera a la prohibición de usos sino también a las expectativas de aprovechamiento de suelos rústicos (sentido que avanza la STS de 30 de abril de 2009). Podemos recordar que una consolidada jurisprudencia declara que la aprobación de un plan no genera automáticamente derechos a la indemnización (hay que demostrar el perjuicio singular de las indemnizaciones).

15. Por último, cabe advertir que para la gestión de espacios naturales no es suficiente con trasladar instituciones propiamente urbanísticas. Y de hecho, los planes de protección de recursos naturales requerirían tener sus propios mecanismos de gestión que permitieran involucrar a los distintos agentes implicados (incluyendo, en primer lugar, a los propietarios o titulares de actividades económicas). Ni los planes de ordenación natural son planes urbanísticos cualificados por su finalidad de protección, ni los planes urbanísticos de protección especial deben aspirar a suplir la aprobación de planes de ordenación de recursos naturales [entre otras cosas, porque las trascendentes reglas de prelación entre planes no son iguales: por ejemplo, y según el art. 43.3 del Texto Refundido de la Ley de aguas, los planes de protección natural son determinantes para la planificación hidrológica, mientras que los urbanísticos no (6)].

(5) VALENCIA MARTÍN, G., «*Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional*», Observatorio de políticas ambientales 1978-2006 (vol. col. coord. por LÓPEZ RAMÓN), Thomson Aranzadi, 2006, pp. 233 ss.

(6) Vid. CARO-PATÓN CARMONA, I., «La coordinación entre la Ley de Costas y la Ley de Aguas: retos pendientes y primeros (e importantes) avances», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 16 (2009), pp. 13-33. Comparéense, además, el art. 13 de la Ley 5/2007 de la Red de Parques Nacionales (sus planes prevalecen frente a cualquier planificación sectorial) con el art. 18.2 de la Ley 42/2007 (sus planes son determinantes para la planificación sectorial, de manera que ésta sólo puede decidir no acoger sus contenidos por una razón imperiosa de interés público de primer orden).

Es por esto que el autor, pese a valorar positivamente la previsión novedosa de «la custodia del territorio» del art. 72 de la Ley 42/2007, tenga que lamentar su escueta regulación. O, en otras palabras, que aún estén por desarrollar los llamados «contratos de gestión de espacios».

Posiblemente la relación entre urbanismo y protección espacial deba encontrar su punto de equilibrio. Y es que, por un lado, son muy interesantes —o más que ello, imprescindibles— las normas de directa aplicación o estándares urbanísticos que requiere el urbanismo sostenible; pero, por otro lado, creo que no debe abusarse de la gestión urbanística para suplir las dificultades de gestión de los PORN.

En concreto estoy pensando en los supuestos en que se acude a la normativa urbanística para declarar fuera de ordenación actividades que se desarrollan en suelo rústico protegido, olvidando que el origen de esta figura se vincula a la transformación del suelo. Y si antes, esta «condena» no tenía efectos prácticos inmediatos, tras la nueva Ley de suelo las cosas pueden ser distintas: según el art. 35 TRLS, cuando la ordenación territorial determine la modificación o extinción de la eficacia de títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, ésta modificación o extinción será indemnizada. Salvo error por mi parte, la legislación urbanística anterior no preveía expresamente que la ordenación urbanística pudiera determinar la extinción de licencias de actividad de cualquier tipo, sino de manera mucho más modesta el fuera de ordenación de edificaciones. Como puede advertirse, el fuera de ordenación antes podía conducir a largo plazo a la desaparición de actividades; sin embargo, ahora es fácil que los efectos se produzcan a medio plazo por la temporalidad de las licencias ambientales: si hay un fuera de ordenación, ¿cabrá la renovación de la licencia?, ¿nacerá en este caso el derecho a una indemnización?

16. Abría la recensión refiriéndome al título; la cerraré con el subtítulo: el libro es un «ensayo», en el sentido de que nos da la *visión personal* del autor o, mejor expresado, esa interpretación crítica que corresponde a personas libres de pensamiento.

De hecho es una obra que manifiesta que su autor está en el selecto grupo de Profesores de derecho administrativo, que permiten creer en la vocación universitaria y en la investigación jurídica rigurosa... Y desde luego, esto es muy alentador porque, si se me permite el símil, en la avifauna universitaria hay especies domésticas, que crían a individuos hiperproductivos, esto es, diseñados para publicar monografías y artícu-

BIBLIOGRAFÍA

los meramente descriptivos; otras que, con el paso de los años se van domesticando; y, por último, un grupo de ejemplares dignos de protección por su calidad y rareza (ahí está López Ramón), que después de muchos años en el oficio siguen publicando ensayos que esconden excelentes monografías científicas.

Y es que, a mis ojos, esta obra es mucho más que un «ensayo» porque está repleta de elementos de un verdadero libro jurídico (y me refiero tanto a elementos «descriptivos» como «constructivos»); se explican con el rigor y la metodología propias del derecho las claves de la regulación jurídica de la diversidad y se indican los caminos por donde esta regulación debería avanzar en el futuro.

Isabel CARO-PATÓN CARMONA

REV

ANUNCIO

I. ESTU

ÁNGEL S
cion
imp
de l
com

FRANCIS
púb

JUAN CA
espe

TERESA
titu
ciar

CASIMIR
des

II. JUR

A. JAVIE
nati

III. REC

IV. SUM

