

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

38

Junio

Año 2011

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. 38 (2011)

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i>	7
ESTUDIOS	
M. A. MARTÍNEZ LAGO: <i>La ejecución de sentencias y resoluciones en materia tributaria</i>	11
G. GARCÍA-ÁLVAREZ: <i>El planeamiento urbanístico supramunicipal en Aragón: de las Normas Subsidiarias Provinciales a la Directriz de Urbanismo</i>	59
A. GARCÉS SANAGUSTÍN: <i>La participación en los servicios sociales</i>	123
C. CIERCO SEIRA: <i>La Administración electrónica al servicio de la simplificación administrativa: luces y sombras</i>	155
DEBATES	
F. BLANCO LÓPEZ: <i>La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código civil</i>	221
J. GUILLEM CARRAU: <i>El sistema de licencias abiertas en el sector público: el tránsito al modelo informacional en la gestión del conocimiento</i>	259
J. M. RECIO SÁEZ DE GUINOA: <i>Nuevas perspectivas en los sistemas comparados de carrera funcional</i>	293
L. SALAMERO TEIXIDÓ: <i>La autorización judicial de entrada como requisito de las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia</i>	335
JURISPRUDENCIA	
L. MELLADO RUIZ: <i>El sistema competencial sobre las aguas continentales tras la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el nuevo Estatuto catalán</i>	365
J. E. QUESADA LUMBRERAS: <i>¿Es aplicable el EBEP al personal laboral? Comentario al Auto de la Audiencia Nacional 63/2010, de 28 d octubre</i>	413

SUMARIO

CRÓNICAS

<i>Glosario sobre desarrollo territorial. Conferencia europea de ministros responsables en materia de ordenación del territorio (CEMAT) (I. PEMÁN GAVÍN)....</i>	467
<i>Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011. La austeridad del gasto público en tiempos de crisis económica (S. DE MIGUEL ARIAS)</i>	505
<i>COP-16: Negociación ambiental, económica y social ante la lucha mundial contra el cambio climático (M. E. RINAUDO)</i>	525

BIBLIOGRAFÍA

M. J. GONZÁLEZ ORDOVÁS: <i>De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo</i> , Valencia, 2010 (J. L. BARTOLOMÉ NAVARRO)	539
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>Lecciones de Derecho Urbanístico aragonés</i> , Zaragoza, 2011 (P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS)	545
E. PASTOR SELLER: <i>Participación ciudadana y gestión de las políticas sociales municipales</i> , Murcia, 2009 (M. SÁNCHEZ MILLÁN).....	549
R. SALANOVA ALCALDE: <i>Manual sobre organización y funcionamiento de los municipios</i> , Zaragoza, 2011 (P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS)	551
<i>Código del Derecho Foral de Aragón: edición preparada por José Antonio SERRANO GARCÍA</i> , Zaragoza, 2011 (R. SALANOVA ALCALDE)	553
VV.AA.: <i>Anuario Aragonés del Gobierno local, 2009 y 2010</i> , Zaragoza (R. SALANOVA ALCALDE)	555
VV.AA.: <i>Libro Verde: los gobiernos locales intermedios en España</i> , Madrid, 2011 (M. BERGES ANDRÉS)	557

LISTA DE COLABORADORES

BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis:
Profesor Asociado de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

BERGES ANDRÉS, Mariano:
Catedrático de Filosofía,
Zaragoza

BLANCO LÓPEZ, Francisco:
Funcionario del Cuerpo Superior
de Administración, Generalidad
de Cataluña.

CIERCO SEIRA, César:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad
de Lleida.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GUILLEM CARRAU, Javier:
Doctor en Derecho, Letrado
de las Cortes Valencianas.

MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel:
Catedrático de Derecho
Financiero y Tributario,
Universidad Complutense de
Madrid.

MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis:
Letrado Asesor, Diputación
Provincial de Zaragoza.

MELLADO RUIZ, Lorenzo:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Almería.

MIGUEL ARIAS, Sabina de:
Profesor Ayudante de Derecho
Financiero y Tributario,
Universidad de Zaragoza.

PEMÁN GAVÍN, Ignacio:
Doctor en Derecho, Abogado
urbanista, Zaragoza.

QUESADA LUMBRERAS, Javier E.:
Profesor de Derecho
Administrativo, Universidad de
Granada.

RECIO SÁEZ DE GUINOA, José María:
Administrador Superior, Gobierno
de Aragón.

RINAUDO MANNUCCI, María
Eugenia: Graduada en Derecho,
Universidad Bocconi, Milán.

SALAMERO TEIXIDÓ, Laura:
Investigadora FPU de Derecho
Administrativo, Universidad de
Lleida.

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

ESTUDIOS

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES EN MATERIA TRIBUTARIA(*)

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.– II. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: 1. Ejecución en los propios términos de las sentencias. 2. Tutela judicial efectiva y ejecución de resoluciones económico-administrativas.– III. LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES TRIBUTARIAS: PANORAMA GENERAL: 1. Normativa aplicable y esbozo de cuestiones sobre la ejecución de resoluciones tributarias. 2. Principios de la ejecución de resoluciones: A) Inalterabilidad. B) Ejecutoriedad. C) Autonomía procedimental. 3. Órganos competentes y plazos para la ejecución: A) Competencia para la ejecución. B) Plazo general de ejecución. C) Plazo especial por retroacción de actuaciones inspectoras. 4. Contenido de la ejecución, según el tipo de resolución adoptada: A) Clasificación de las resoluciones. B) Anulación total sin necesidad de nuevo acto. C) Anulación total o parcial con nuevo acto. D) Resoluciones estimatorias por motivos formales. 5. Incidente de ejecución, aclaración y extensión de resoluciones económico-administrativas y de sentencias judiciales: A) El deficiente y contradictorio incidente de ejecución contemplado en el RGRVA. B) Aclaración de resoluciones. C) Extensión de resoluciones económico-administrativas y sentencias judiciales.– IV. EXAMEN DE ALGUNOS PROBLEMAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA RECIENTE: 1. Vicios de nulidad, anulabilidad y defectos de forma. 2. Ejecución en sus términos sin retroacción de actuaciones. 3. Ejecución de resoluciones sobre comprobaciones de valor y límites de la retroacción. 4. Ejecución fraudulenta de resoluciones. 5. Ejecución de resoluciones sancionadoras: A) La invalidez de los actos de imposición de sanciones y la cuestión de los vicios de forma en este ámbito. B) Retroacción de actuaciones, 'bis in idem' procesal y 'reformatio in peius'. C) Anulación de la liquidación y pérdida de reducciones de la sanción.– BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: En este trabajo se observan diferentes problemas que se presentan en la ejecución de sentencias y resoluciones en materia tributaria, teniendo en cuenta las aportaciones que la doctrina científica ha venido realizando sobre una legislación expuesta, en los últimos tiempos, a un abultado número de sentencias y resoluciones de los órganos económico-administrativos; lo que demuestra el carácter abierto de los temas

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de mayo de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 12 de junio de 2011.

que se tratan y su gran relevancia práctica en las relaciones entre la Administración y los contribuyentes.

Palabras clave: anulación de actos tributarios y de imposición de sanciones; ejecución de sentencias y resoluciones económico-administrativas; revisión administrativa; tutela judicial.

ABSTRACT: This paper deals with the problems that arise in the execution of judicial decisions, taking into account the recent contributions of the scientific doctrine in this matter, a large number of sentences and decisions of the economic-administrative courts, which show the openness of the topics covered and their great practical relevance in the relations between the Administration and taxpayers.

Key words: discharge of tax acts and sanctions; enforcement of judgments and economic-administrative resolutions; administrative review; judicial protection.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA (1)

Constituye un principio jurídico general la prohibición de sacar provecho de la propia torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Y, sin embargo, no son pocos los supuestos en que la Administración pública —y no sólo en el ámbito tributario, por supuesto— obtiene ventajas de sus irregularidades (2). El Tribunal Supremo ha hecho doctrina sobre la necesidad de *servirse del proceso para obtener la razón* y que el mismo no debe volverse en contra de quien tiene esa razón (3). Pero también proliferan los casos de Tribunales que muestran su aquiescente deferencia hacia los actos de la

(1) Estas páginas traen su origen de la participación que tuve en la XXV edición del *Seminario Gallego de Estudios Tributarios*, celebrado en septiembre de 2010, bajo la organización del Ilustre Colegio Oficial de Titulados Mercantiles y Empresariales de Vigo, que dirigió mi compañero y amigo, José Manuel ALMUDÍ CID. La generosidad y buen hacer de la institución, así como del coordinador del evento requiere, como es obvio, que les muestre ahora mi gratitud, a pesar del desasosiego que inicialmente me produjo su requerimiento para que mi intervención versara sobre la problemática general de la ejecución de sentencias y resoluciones en materia tributaria; una sensación comparable a la que debe sufrir cualquier contribuyente y, por supuesto, su abogado, cuando observa que pese a haber alcanzado, después de muchos años de *calvario judicial*, una resolución administrativa o una sentencia favorable a sus intereses, se encuentra con que la Administración no la ejecuta, se retrasa en su quehacer o hasta reitera nuevamente sus actos liquidatorios o sancionadores inicialmente anulados. Vid. MARTÍN QUERALT (2005: p. 4) y BOSCH CHOLBI (2010a: p. 293).

(2) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1967: pp. 299-300) —y, del mismo autor (1969: p. 64)—. También se refiere a ello, para el ámbito tributario, BAEZA DÍAZ-PORTALES (2010a: pp. 260-261).

(3) Vid., entre otras, las Sentencias del TS de 27 de febrero de 1990 y de 26 de septiembre de 1998.

Administración (4), que llega, en ocasiones, a «reinterpretar» el sentido de las propias decisiones judiciales, volviéndolas del revés y sacando las máximas ganancias de las posibilidades brindadas con la *reiteración de actuaciones* subsiguiente a la anulación de vicios formales y de procedimiento (5).

Esta *retroacción, reposición* o como se le quiera llamar, consigue el efecto contrario al que pretende llegar, puesto que bajo el pretexto de alcanzar el principio de justicia material, puede constituir *de facto* una prima a la ilegalidad, al dejar en manos de la Administración una indefinida prolongación de la controversia sometida a jueces y tribunales (6). Nuestra mejor doctrina viene insistiendo desde hace tiempo en toda una suerte de situaciones en las que, a la postre, se constata lo efímero que puede llegar a ser obtener una *pírrica victoria* sobre una Administración encastillada en la defensa de unas posiciones que no son de recibo.

Así cabe citar, por ejemplo, aparte de la ya citada retroacción de efectos, la acrítica recepción de lo que representan los vicios determinantes de nulidad o anulabilidad de los actos de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones. También la incomprensible admisión del devengo de intereses de demora desde el momento en que la Administración dictó un acto contrario a Derecho. Y la tosca incorporación al ordenamiento sancionador tributario de principios propios de gestión recaudatoria, radicalmente antitéticos de aquellos que priman en el ordenamiento punitivo (7).

Alguno de estos problemas debería llevar a la Administración a repasar la teoría de la invalidez de los actos jurídicos, patrimonio común de la ciencia jurídica y punto de arranque de la *teoría general de las nulidades en Derecho Administrativo* (8). Asimismo, habría que reflexionar si lo que es dable para la Administración, dentro de la vía administrativa de recurso —donde han de retrotraerse los expedientes al momento en que se cometieron los vicios de forma que generan indefensión—, debe trasladarse al campo en que los jueces y tribunales entienden y han de resolver el recurso contencioso-administrativo (9).

En otro lugar hemos dado cuenta de una reciente Sentencia de la Audiencia Nacional —de 25 de marzo de 2010 (dictada en el recurso n.º 44/2007

(4) Refiriéndose al Derecho Administrativo norteamericano y contrastándolo con el ordenamiento español, vid. PÉREZ ALONSO (2010: p. 31). La *Asociación Española de Asesores Fiscales* (AEDAF) ha advertido recientemente, en documento sin fecha (pero hecho público en 2010: p. 2), sobre la persistencia de un «miedo reverencial» de enfrentarse a la Administración.

(5) Vid. MARTÍN QUERALT (2010a: p. 1).

(6) Vid. BAEZA DÍAZ-PORTALES (2010a: pp. 260-261 y 264-265).

(7) Vid. MARTÍN QUERALT (2010a: p. 1).

(8) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1969: p. 53). Refiriéndose a los efectos que deben asociarse a la invalidez de las liquidaciones tributarias, vid. BOSCH CHOLBI (2010a: p. 294).

(9) Vid. BAEZA DÍAZ-PORTALES (2010a: pp. 264-265).

y de la que fue ponente el magistrado Navarro Sanchís)— que habría que comentar en las aulas para ilustrar, más allá de la teoría general del tributo y de los procedimientos para su aplicación, sobre lo mucho y malo que se puede hacer y por tanto padecer en este ámbito, así como de lo que habrá que corregir para proteger con eficacia los derechos de los contribuyentes. El pronunciamiento se refiere a una *ejecución patológica*, que incurrió en desviación de poder, de la Oficina Nacional de Inspección y a la claudicante actuación que tuvo el Tribunal Económico-Administrativo Central. En el supuesto se persiguieron fines ilegítimos y la protección de intereses recaudatorios ensombreció por completo la necesaria protección del contribuyente. Se actuó con temeridad y provocó un artificioso y forzado proceso, por lo que se resuelve condenando en costas a la Administración, dieciséis años después de que comenzase el peregrinaje de la recurrente y veintiuno desde que se realizara el hecho imponible del tributo comprobado (10).

Contemporáneas con el fallo citado cabe señalar también dos resoluciones económico-administrativas de gran notoriedad, por referirse al período de liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido (RTEAC de 29 de junio de 2010 y la posterior, dictada en unificación de doctrina, RTEAC de 24 de noviembre de 2010), así como una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 17 de junio de 2010 (dictada en el recurso 3903/2008, siendo ponente el Magistrado Baeza Díaz-Portales), en la que se apunta una línea interpretativa —que está dando que hablar y que tendremos que esperar a ver si llega a confirmarse en el futuro— que sostiene la imposibilidad de reiteración de actuaciones administrativas tras una anulación judicial, con independencia de la naturaleza que tenga el vicio o defecto de dicha anulación (11).

Los problemas apuntados y otros muchos revelan el real *desequilibrio de fuerzas* de los administrados frente a la Administración. El tema no es nuevo, como es obvio, e ilustra sobre un ancestral y mal entendido afán de superioridad y dominio de la Administración tributaria —la más superdotada en medios materiales y humanos entre las restantes Administraciones públicas—, investida como las demás con la *autotutela declarativa* y potenciada con una *autotutela de ejecución* que propicia la existencia de *agujeros grises y negros*, tanto en el plano de la legalidad como de su aplicación práctica, posponiendo en ocasiones, con la disculpa del deber constitucional de contribuir, legítimos derechos individuales (12). Entre estos últimos, cabe mencionar ahora los de

(10) Vid. MARTÍNEZ LAGO (2011: pp. 127 y ss.).

(11) En relación a la citada STSJ de Valencia se han dado ya diversos comentarios doctrinales. Entre otros, vid. BAEZA DÍAZ-PORTALES (2010b: pp. 23 y ss.); BOSCH CHOLBI (2010c: pp. 23 y ss.); CAYÓN GALIARDO (2011: pp. 9 y ss.); IBÁÑEZ BRILLAS (2011: pp. 17 y ss.).

(12) Vid. PONT MESTRES (2006: p. 10); BAEZA DÍAZ-PORTALES (2010a: pp. 260-261) y BOSCH CHOLBI (2010a: pp. 288-289, 291 y 293). También vid. PÉREZ ALONSO (2010: pp. 31-32).

seguridad jurídica, legítima confianza y tutela efectiva de los jueces y tribunales, reconocidos constitucionalmente (arts. 9.3, 24 y 103 CE), así como los incluidos en el genérico *derecho a una buena administración* que sanciona la «Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (art. 41) (13).

En la justa ponderación de intereses y principios que están en juego (14), no debería desatenderse la recomendación de que « *juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*» (15) y, por supuesto, habría que intensificar los esfuerzos para sacar al tema que nos concita del relativo ostracismo legislativo y doctrinal en que se encuentra, pese a notabilísimas excepciones (16) y saludables muestras de reacción que se suscitan en el propio ámbito judicial (17).

II. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Ejecución en los propios términos de las sentencias

Es indiscutible que para los contribuyentes que han de litigar con la Administración tributaria, tan importante como obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, está la necesidad de que el mismo se lleve a puro y debido efecto, cumpliéndose *en sus propios términos* (18). De nada serviría, desde luego, que las resoluciones y sentencias resultasen inocuas frente

(13) Esta «Carta», publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000, fue firmada y proclamada el 7 de diciembre de 2000, con ocasión del Consejo Europeo de Niza, por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea, viniendo a recoger en un único documento derechos civiles, políticos, económicos y sociales agrupados en seis grandes capítulos cuyas rúbricas son: Dignidad, Libertad, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia.

(14) Vid. RUIZ RISUEÑO (2004: p. 304); también SOLER ROCH (2009: p. 1).

(15) Así se titula un trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1992: pp. 511-532).

(16) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 803 y 808); también CAYÓN GALIARDO (2009: pp. 14-15). Una explicación a la falta de regulación de preceptos sobre ejecución de resoluciones económico-administrativas en la Ley General Tributaria, puede verse en RUIZ TOLEDANO (2009: p. 80). Entre las excepciones, me parecen especialmente reseñables las aportaciones que han realizado, entre otros, BAEZA DÍAZ-PORTALES (2010a); BOSCH CHOLBI (2010a, b y c); ESEVERRI MARTÍNEZ (2007); FALCÓN Y TELA (2007a, b, 2008 y 2010); MARTÍNEZ GINER (2008); PONT MESTRES (2006) y VEGA BORREGO (2008).

(17) Vid. MARTÍN QUERALT (2010a: p. 1).

(18) Vid. RODRIGO LAVILLA (2009: p. 1); también RUIZ RISUEÑO (2004: p. 299). Entre los más recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, vid. SSTC 206/2005, de 18 de julio (FJ 3.º); 47/2006, de 13 de febrero (FJ 3.º); 119/2006, de 24 de abril (FJ 4.º); 137/2006, de 8 de mayo (FJ 3.º); 256/2006, de 11 de septiembre (FJ 3.º); 322/2006, de 20 de noviembre (FJ 2.º), y 20/2010, de 27 de abril (FJ 4.º).

a los actos indebidos de la Administración, ya que la ejecución no consiste en otra cosa que llevar a la práctica, en el terreno de los hechos, la declaración de voluntad de las resoluciones y sentencias (19). Y una ejecución efectuada apartándose del fallo y de su correspondiente fundamentación jurídica (20) hace del derecho a la tutela judicial efectiva una mera entidad ilusoria (STC 61/1984, de 16 de mayo, FJ 1.º) (21).

La garantía de este derecho y la prohibición de indefensión que consagra el artículo 24 de la Constitución, incumbe a los titulares de la potestad jurisdiccional que, aparte de juzgar, tienen que *hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117.3 CE), siendo obligatorio el cumplimiento de las resoluciones judiciales y la debida prestación de la colaboración que requieran los jueces y tribunales en el curso de los procesos y en la ejecución de las sentencias (art. 118 CE). El contenido de éstas es indisponible y su efectividad no puede quedar confiada a la caprichosa voluntad de la parte condenada (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 3.º) (22).

El legislador ordinario ha refrendado este deber constitucional, ordenando a la Administración que respete y cumpla las resoluciones judiciales, cuya ejecución se ha de producir *en la forma y términos* que en ellas se consignen (23).

2. Tutela judicial efectiva y ejecución de resoluciones económico-administrativas

En el ámbito que nos concierne sobresalen dos cuestiones: por un lado, está el anclaje constitucional encontrado en el *principio de eficacia* para sos-

(19) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 807); también MURILLO RUIZ (2006: p. 399).

(20) La ejecución no sólo ha de reparar en la literalidad del fallo, sino tenerlo en cuenta en el contexto proporcionado por la fundamentación jurídica de la propia sentencia y de las pretensiones del recurrente. Vid. ALONSO MÁS (2003: pp. 226-227), con cita de la STC 240/1998, de 15 de diciembre (FJ 3.º).

(21) También vid. SSTC 32/1982, de 7 de junio (FJ 1.º); 67/1984, de 7 de junio (FJ 2.º); 316/1994, de 28 de noviembre (FJ 2.º), remitiéndose esta última a la STC 102/1994, de 11 de abril. Entre las más recientes, vid. STC 207/2003, de 1 de diciembre (FJ 2.º).

(22) En la STC 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2.º, se recuerda que «el principio de intangibilidad de las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, pues este derecho asegura a los que son o han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello (SSTC 16/1986, 159/1987, 119/1988, 12/1989, 231/1991, 142/1992, 350/1993 y 122/1996, entre otras)».

(23) Vid. arts. 17.2 y 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como art. 103.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

tener el privilegio de la Administración de ejecutar sus propios actos (24) y, por otro lado, se ha discutido si pueden extenderse las previsiones del artículo 24.1 de la Constitución a la ejecución de actos resolutorios que ponen fin a los procedimientos tributarios de revisión. Este problema no es baladí, desde luego, máxime cuando —si no estamos equivocados— doctrina científica y jurisprudencia de los tribunales Supremo y Constitucional deambulan por diferentes senderos. Estos últimos han venido manteniendo una visión más restrictiva que niega la extensión de las garantías procesales inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva —y, por lo tanto, también del derecho a la ejecución (25)— a los procedimientos administrativos (26), excepción hecha del procedimiento sancionador (27).

En esta dirección, el Tribunal Supremo ha afirmado que «el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE no puede ser inmediatamente relacionado con el incumplimiento de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos ya que dicho derecho fundamental tiene su ámbito específico en lo concerniente a la acción jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales entre los que no puede encuadrarse a los Tribunales Económico-Administrativos, a pesar del modo cuasi-jurisdiccional que asumen en su actuación» (STS de 27 de junio de 1990) (28).

Más recientemente, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha trasladado su doctrina sobre las garantías que deben darse en los emplazamientos, que tengan lugar en los procesos judiciales, al ámbito de las *notificaciones efectuadas por la Administración tributaria* (STC 291/2000, de 30 de noviembre) (29), lo

(24) Vid. BARCELONA LLOP (1992: p. 174); FALCÓN Y TELLA (2004: p. 7). En la jurisprudencia constitucional, vid., entre otras, SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 66/1984, de 6 de junio. También vid. AATC 458/1988, de 18 de abril; 930/1988, de 20 de julio; 1095/1988, de 6 de octubre.

(25) Vid. MARTÍNEZ GINER, 2008, pp. 803-805.

(26) «Son los Jueces y Tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación» (STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 3.º y, en el mismo sentido, STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 1.º, así como los AATC 263/1984, de 2 de mayo, FJ 1.º; 664/1984, de 7 de noviembre, FJ 1.º, y 104/1990, de 9 de marzo, FJ 2.º)

(27) Vid. SSTC 120/1994, de 25 de abril (FJ 2.º); 291/2000, de 30 de abril (FJ 4.º); 54/2003, de 24 de marzo (FJ 3.º); 308/2006, de 23 de octubre (FJ 3.º), y 17/2009, de 26 de enero (FJ 2.º). También vid. SANZ CLAVIJO (2010: p. 102), quien cita la STS de 13 de octubre de 2000 y los siguientes AATC: 604/1987, de 20 de mayo (FJ 3.º); 966/1987, de 29 de julio (FJ 2.º); 1197/1987, de 26 de octubre (FJ 2.º); 275/1988, de 29 de febrero (FJ 1.º).

(28) Tomo la cita de MARTÍNEZ GINER (2009: p. 803).

(29) Allí se señala que «la Administración, al no notificar personalmente la iniciación del procedimiento de apremio, tal y como establece expresamente el art. 103 del Reglamento General de Recaudación, incurrió en una infracción que tiene relevancia constitucional, ya que al ejecutar «de plano» el acto administrativo colocó al ahora demandante de amparo en una situación de indefensión al impedir, no sólo que la ejecutividad de esta resolución pudiera, en su caso ser controlada por los

cual supone entrever la posibilidad de que el artículo 24.1 de la Constitución se vulnere por actos dictados por órganos no judiciales si no se permite o se dificulta al interesado su acceso a los Tribunales (30).

Y aún más, cuando se ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que arrogaban la representación del contribuyente al *presentador de documentos ante la Administración tributaria* (31), se ha detectado indefensión originada en vía administrativa, cuya relevancia constitucional proviene de que «la causa que la provoque impida u obstaculice que el obligado tributario pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento tributario dispone específicamente contra los diferentes actos dictados en cada procedimiento» (STC 113/2006, de 5 de abril, FJ 6.º) (32).

Entre los autores, aparte de poner de relieve que los órganos económico-administrativos cumplirían los requisitos para ser considerada su función de carácter jurisdiccional por la Sentencia de 21 de marzo de 2000, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (33), se sostiene la vulneración de la tutela judicial efectiva cuando no se ejecute una resolución administrativa firme que sea favorable al contribuyente, puesto que su estimación en dicha sede habría devenido inútil, al tiempo que privado del derecho a obtener de los jueces una resolución razonada sobre el fondo de sus pretensiones previamente deducidas ante la Administración (34).

Menos favorable, desde luego, resultó el juicio crítico que hizo el Defensor del Pueblo sobre la configuración de los Tribunales Económico-Administrativos y la denuncia de su utilización abusiva, cuando no antijurídica, de resoluciones que, anulando el acto administrativo impugnado, evitan pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida conforme a lo pedido por el reclamante, retrotrayendo el expediente al momento de la comisión del vicio de forma, lo cual

Jueces y Tribunales, sino también que los actos dictados en dicho procedimiento, tras agotar la vía administrativa, pudieran ser objeto de impugnación ante los Tribunales Económico-Administrativos (art. 177 Reglamento General de Recaudación)» (STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.º).

(30) Vid. SSTC 90/1985, de 22 de julio (FJ 4.º); 123/1987, de 1 de julio (FJ 6.º); 197/1988, de 24 de octubre (FJ 3.º).

(31) Vid. SSTC 111 y 113/2006, de 5 de abril, así como la posterior dictada en amparo, STC 46/2008, de 10 de marzo.

(32) El Tribunal advierte del parecido sentido que se contiene en su STC 291/2000, de 30 de noviembre (FJ 4.º).

(33) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 804), refiriéndose a la STJCE de 21 de marzo de 2000, «Gabalfrisa» (Asuntos C110/98 a C-147/98). También vid. JIMÉNEZ DÍAZ (2001).

(34) Vid. SOLER ROCH (2009: p. 1), así como MARTÍNEZ GINER (2008: p. 805), siguiendo ambos a DE TORRES ROMO (2006: p. 2026).

produce un *efecto de noria* que lleva al recurrente al mismo punto de partida después de la fatigosa carga de recurrir (35).

III. LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES TRIBUTARIAS: PANORAMA GENERAL

1. Normativa aplicable y esbozo de cuestiones sobre la ejecución de resoluciones tributarias

No podemos entretenernos a considerar, ni siquiera superficialmente, los entresijos de la normativa reguladora de la ejecución de sentencias. Lógicamente, ésta habrá que encontrarla en una legislación que excede el puro interés de la materia tributaria y que, por su mayor familiaridad con la misma, radica sobre todo en la *Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (arts. 103 a 113).

Por lo que se refiere a la ejecución de resoluciones, el silencio de la *Ley General Tributaria* —que choca con la regulación detallada que se ha procurado hacer del régimen jurídico de las reclamaciones económico-administrativas—, otorga un papel principal, aunque incompleto y poco sistemático, al *Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa* (RD 520/2005, de 13 de mayo) (36); cuyo Título V se encarga de dicha problemática, distinguiendo por una parte, en su capítulo primero (arts. 66 a 71), las normas generales sobre ejecución de resoluciones de otras específicas, referidas a las resoluciones económico-administrativas y de las que dimanen de los tribunales de justicia; mientras que en el capítulo segundo (arts. 72 a 79) se trata del reembolso del coste de las garantías aportadas para la suspensión de los actos tributarios.

Ciñendo nuestro comentario al primer núcleo de preceptos del RGRVA, realizaremos algunos apuntes, de manera muy sumaria, sobre el contenido de dicha regulación, distinguiendo los siguientes aspectos: 1.º Principios de la ejecución de resoluciones; 2.º Órganos competentes y plazos para la ejecución; 3.º Contenido de la ejecución, según el tipo de resolución adoptada, y 4.º Incidente de ejecución, aclaración y extensión de resoluciones económico-administrativas y de sentencias judiciales.

(35) Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO (2001: p. 579).

(36) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 4) —y del mismo autor (2009: pp. 80-81)—; también MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 806-807).

2. Principios de la ejecución de resoluciones

A) Inalterabilidad

El RGRVA (art. 66) arranca con un enunciado que recuerda el planteamiento de la LJCA sobre las sentencias, al señalar que «los actos resolutorios de los procedimientos de revisión serán ejecutados en sus propios términos». Pese a que la norma reglamentaria no deduzca idéntica consecuencia con la que la ley jurisdiccional (art. 103.4) resuelve las actuaciones contrarias a los fallos judiciales para eludir su cumplimiento, no cabe duda de la nulidad de pleno derecho de los actos de *ejecución fraudulenta* de las resoluciones (37).

La extralimitación de los términos de una resolución en un acto de ejecución es, en sí misma, como ha señalado la RTEAC de 15 de julio de 2004, «causa suficiente para provocar la anulación del citado acto de ejecución en la parte afectada por la extralimitación».

B) Ejecutoriedad

Aparte de este principio de *inalterabilidad*, como actos administrativos que son, las propias resoluciones administrativas y económico-administrativas gozan de *presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad* (38), siendo la suspensión, como medida cautelar (39), el único medio que puede impedir la ejecución de las resoluciones tributarias (40).

C) Autonomía procedimental

Completando el cuadro de los principios está el de *autonomía procedimental* que consagra el párrafo segundo del artículo 66.2 del RGRVA, al

(37) Vid. SÁNCHEZ PEDROCHE (2006: p. 984). También vid. MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 810-811), advirtiendo como una posible excepción al principio de inalterabilidad en el contenido de la ejecución, la que vendría impuesta por la prohibición de *reformatio in peius*, incorporada en el artículo 223.4 LGT para el recurso de reposición, pero extrapolable a la totalidad de procedimientos de revisión, tanto en vía administrativa como judicial.

(38) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 5) —y del mismo autor (2009: p. 82)—; también MARTÍNEZ GINER (2008: p. 811). Aunque, con frecuencia, se manejen como términos intercambiables, *ejecutividad* y *ejecutoriedad* de los actos administrativos son aspectos a diferenciar, teniendo el primero que ver con la validez y el segundo con la eficacia de los actos. Por todos, vid. BARCELONA LLOP (1995).

(39) Vid. arts. 224 y 233 LGT en relación con la suspensión en reposición y en la vía económico-administrativa, respectivamente.

(40) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 812). Como se encarga de precisar el propio RGRVA (art. 66.1 segundo párrafo), el recurso de alzada ordinario carece de virtualidad suspensiva.

establecer que «los actos de ejecución no formarán parte del procedimiento en el que tuviese su origen el acto objeto de impugnación».

Se ha resaltado esta «novedad» reglamentaria (41) que, sin embargo, se limita a revalidar la postura tradicional administrativa (42), confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (43) (acerca del art. 31.4 del anterior RGIT), y el planteamiento que, bajo la vigencia de la LGT-1963, hiciera la doctrina científica, con las únicas voces disonantes de algunos Tribunales Superiores de Justicia (44).

Así las cosas, los actos de ejecución que lleven a cabo los órganos de gestión, inspección o recaudación, como consecuencia de la revisión efectuada, no forman parte del procedimiento revisado, con la específica y muy comentada previsión que realiza el artículo 150.5 de la LGT para los supuestos en que las resoluciones judiciales y económico-administrativas hayan apreciado un vicio de forma y ordenen la *retroacción de las actuaciones inspectoras*; solución legal ésta divergente de la que, con carácter general, consagra el artículo 66.2 del RGRVA (45) y que impone el regreso al momento en que el vicio se cometió, *continuyendo* el procedimiento con el límite temporal señalado legalmente (46).

(41) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 815-816); también SOLER ROCH (2009: p. 2); MURILLO RUIZ (2006: p. 403); ESEVERRI MARTÍNEZ (2007: p. 10).

(42) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 10) —y del mismo autor (2009: p. 85)—. Entre otras, vid. RRTEAC de 9 de marzo de 1994; 22 de febrero de 1995; 22 de noviembre de 1995; 6 de marzo de 1996; 14 de mayo de 1998; 6 de octubre de 2000; 28 de mayo de 2001; 13 de septiembre de 2002; 26 de marzo de 2004; 27 de octubre de 2006 y 28 de abril de 2009.

(43) Vid. SSTS de 6 de junio de 2003; 30 de junio de 2004; 4 de octubre de 2004. También vid. SSAN de 7 de junio de 2007 y 14 de noviembre de 2007.

(44) Vid. SSTSJ Islas Baleares de 19 de mayo de 2000; Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2002; Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 2002, 15 de enero de 2003, 17 de enero de 2003 y 25 de noviembre de 2008.

(45) Ello ha motivado dudas sobre la legalidad del precepto reglamentario. Vid. DE TORRES ROMO (2006: p. 2027).

(46) Como el art. 150.5 LGT se refiere al procedimiento inspector, las actuaciones han de concluir en el plazo que reste de aquél —cuya duración es de un año (ampliable por otro más)— o en seis meses si el período subsistente fuese menor.

3. Órganos competentes y plazos para la ejecución

A) Competencia para la ejecución

Aunque nada diga el RGRVA (47), la competencia para la ejecución de las resoluciones recae sobre los órganos que dictaron los actos revisados (48). La omisión puede provenir del hecho de que la revisión de actos tributarios no se conciba, ni siquiera en la vía económico-administrativa, como una potestad de ejecución diferenciada del simple cumplimiento de las resoluciones (49).

B) Plazo general de ejecución

En relación a los plazos, conviene distinguir varias situaciones, pese a que el Reglamento se limite a establecer el *deber de notificar los actos de ejecución en un mes*, a contar desde que la resolución tenga entrada en el registro del órgano que ha de ejecutarla (art. 66.2 RGRVA).

Esta regla general resulta muy condescendiente y favorable para la Administración (50), puesto que, en primer lugar, representa una ampliación del más escueto término de quince días que fijaba la normativa anterior (51). Además, puede suspenderse si el órgano encargado de la ejecución solicita que se aclare la resolución económico-administrativa (52), sin que se haya previsto el plazo para resolver esa aclaración (53).

Pero, lo más importante es que no haya habido ninguna preocupación por regular las consecuencias del incumplimiento del plazo de ejecución, como han resaltado los autores (54) y se ha fijado en ello el Tribunal Económico-

(47) Del tema se ocupa la Resolución de 21 de diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se dictan criterios de actuación en materia de suspensión de la ejecución de los actos impugnados mediante recursos y reclamaciones y de relación entre los Tribunales Económico-Administrativos y la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(48) Vid. SÁNCHEZ PEDROCHE (2006: p. 984); RUIZ TOLEDANO (2006: p. 11); MARTÍNEZ GINER (2008: p. 818).

(49) Vid. HUESCA BOADILLA (2007: p. 313); RUIZ TOLEDANO (2006: p. 3) —y del mismo autor (2009: p. 82)—; MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 807-808).

(50) Vid. SÁNCHEZ PEDROCHE (2006: p. 985), así como RUIZ TOLEDANO (2006: p. 9).

(51) Vid. art. 110.2 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas (RPREA aprobado por RD 391/1996, de 1 de marzo).

(52) Vid. Apartado Séptimo 1.3.2. de la Resolución de 21 de diciembre de 2005, citada más arriba.

(53) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 821).

(54) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: pp. 9-10) —y del mismo autor (2009: p. 84)—; SÁNCHEZ PEDROCHE (2006: p. 985); MURILLO RUIZ (2006: p. 402); MARTÍNEZ GINER (2008: p. 821).

Administrativo Central (55), más allá del efecto sobre los intereses de demora, que dejarán de devengarse cuando sea necesario practicar una nueva liquidación y, por supuesto, la posibilidad de ganar la prescripción cuando un retraso intolerable de la Administración lo permita.

Pese a que nada diga el Reglamento, parece lógico que en el cómputo del plazo del mes de notificación de los actos de ejecución deba distinguirse si el órgano que ha de ejecutar difiere o no del que resolvió el recurso. En este último supuesto, podría mantenerse que el citado término se contaría a partir del día siguiente al de la resolución del recurso de reposición (56), no amparando el periplo de las resoluciones económico-administrativas hasta que tengan entrada en el registro del órgano encargado de su ejecución (57).

C) Plazo especial por retroacción de actuaciones inspectoras

Por otra parte, está el *plazo especial* que prescribe el ya aludido artículo 150.5 de la LGT para la realización de actuaciones inspectoras como consecuencia de resoluciones de los *Tribunales de verdad*, amén de los económico-administrativos, que hayan ordenado su retroacción. En estos casos, la solución legal ordena la finalización de esa actividad ejecutoria «en el período que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo [de doce meses, ampliable por otros doce en determinadas circunstancias] o en seis meses, si aquél período fuese inferior», computándose desde la recepción del expediente por la Inspección.

El precepto ha suscitado diversos interrogantes y una problemática que no contribuirá a resolver la redacción del nuevo apartado 8 del artículo 197 del Reglamento General de Gestión e Inspección Tributaria (58); vigente desde el 20 de enero de 2010 y que viene inspirada oficialmente «en aras de lograr una ejecución más eficiente por parte de la Administración Tributaria de las resoluciones administrativas o judiciales [otorgando] a los órganos de inspección la posibilidad de llevar a cabo las actuaciones que sean necesarias para

(55) Vid. RRTEAC de 29 de marzo de 2007, 4 de diciembre de 2007, 31 de enero de 2008 —en la que se señala que «no procede admitir la caducidad de la acción administrativa al no disponer la propia norma que los efectos sean tales»—, y 28 de abril de 2009.

(56) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 9).

(57) La SAN de 4 de marzo de 2010 resuelve la procedencia de contar el plazo de un mes para ejecutar la resolución desde que tenga entrada en el registro del órgano llamado a realizarla, al margen de las vicisitudes que sufran los escritos en el itinerario que discurre entre el registro general y la planta del edificio donde se encuentra el órgano destinatario de ellos.

(58) Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RD 1065/2007, de 27 de julio).

la ejecución, haciendo uso de las facultades previstas en el artículo 142 de la [LGT]» (59).

El artículo 150.5 de la LGT ha favorecido el debate sobre si nos encontramos ante una excepción o específico plazo de ejecución, diferenciado del enunciado por el RGRVA (60). También si, por un elemental principio de jerarquía, la norma reglamentaria quedaría afectada por desconocer lo reflejado en la LGT (61). Asimismo se ha comentado si reabre la cuestión de la autonomía o continuidad de los actos de ejecución de sentencias y resoluciones que afectan al procedimiento de inspección (62). Y, dado que se circunscribe a este último ámbito, si sería trasladable análogicamente a los restantes procedimientos de aplicación de tributos e imposición de sanciones tributarias (63).

(59) El apartado Doce del artículo 4 del Real Decreto 1/2010, de 8 de enero, de modificación de determinadas obligaciones tributarias formales y procedimientos de aplicación de los tributos y de modificación de otras normas con contenido tributario, ha añadido el siguiente apartado 8 al artículo 197 del Reglamento de Gestión e Inspección: «8. Para la ejecución de las resoluciones administrativas y judiciales, los órganos de inspección podrán desarrollar las actuaciones que sean necesarias pudiendo, en su caso, ejercer las facultades previstas en el artículo 142 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y realizar las actuaciones de obtención de información pertinentes. No obstante, cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66.4 del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, las mencionadas resoluciones hayan ordenado la retroacción de actuaciones, éstas se desarrollarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.5 de la citada Ley». Para un examen crítico de esta modificación, vid. FALCÓN Y TELLA (2010: pp. 7 y ss.), quien considera que la reforma representa un grosero intento de la Administración de limitar la aplicación del precepto legal a los supuestos en que la sentencia o resolución que se ejecuta ordene expresamente la retroacción de actuaciones. Para JUAN LOZANO (2010: p. 187), el nuevo apartado 8 del artículo 196 del RGIT refrenda que la fase de ejecución se corresponde con la naturaleza del procedimiento de inspección.

(60) Para ESEVERRI MARTÍNEZ (2007: pp. 11-12), no existe motivo para entender que el art. 150.5 LGT opere como excepción de la regla general establecida en el art. 66.2 RGRVA. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 822) y SOLER ROCH (2009: p. 3), consideran que dicho precepto regula un plazo especial para las actuaciones inspectoras.

(61) Vid. DE TORRES ROMO (2006: p. 2027). MARTÍNEZ GINER (2008: p. 817) y SOLER ROCH (2009: p. 3), no creen que la norma reglamentaria incurra en ilegalidad, sugiriendo una interpretación que hace compatibles los enunciados de la LGT y del RGRVA.

(62) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 823); también SOLER ROCH (2009: p. 3). En cualquier caso, como han puesto de relieve el primero de los autores que acaban de citarse (p. 826) y FALCÓN Y TELLA (2007a: p. 8), el hecho de que la ejecución no sea continuación del procedimiento inspector, sino que se inserta en un procedimiento distinto, como es el de ejecución, no obsta a que el mismo esté sujeto a un plazo máximo de duración que es, precisamente, el del art. 150.5 LGT.

(63) Para ESEVERRI MARTÍNEZ (2007: pp. 12 y 14), la especificidad en la ejecución que contempla el art. 150.5 LGT debe resultar de aplicación a cualquier procedimiento de aplicación de los tributos en que se advierta disminución de las facultades de defensa del administrado. También JUAN LOZANO (2010: p. 189), apunta esa aplicación análogica del precepto a los demás procedimientos tributarios y sancionador.

Aparte de los citados asuntos, lo que despunta es determinar si el plazo especial de ejecución con retroacción de actuaciones inspectoras aporta mayor seguridad jurídica a los contribuyentes y si su aplicación se encuentra restringida o no por una expresa orden de reposición, basada exclusivamente en motivos formales causantes de indefensión.

Por lo que afecta al primer punto, la doctrina ha resaltado la lógica y el carácter favorable del precepto de la LGT, entendiendo que garantiza que el cómputo de los plazos de que dispone la Inspección no se verá alterado en perjuicio del contribuyente, además de la ventaja de fijar con claridad las consecuencias de su incumplimiento, que serían las propias de la inobservancia del plazo del procedimiento de inspección, a saber: 1.º Ausencia de devengo de intereses de demora desde el incumplimiento hasta la finalización del procedimiento; 2.º Enervación del efecto interruptivo de la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras llevadas a cabo, y 3.º Atribución del carácter de espontáneos a los ingresos realizados hasta el incumplimiento del plazo (64).

En cuanto a la procedencia de pasar por el término que marca el artículo 150.5 de la LGT a cualquier supuesto de reactuación de la Inspección, tras el pronunciamiento de una resolución o sentencia, porque ello implicaría, de alguna forma, que hay una retroacción, sea por razones de fondo o formales, la doctrina no es unívoca. Para unos, el carácter excepcional de la decisión de retrotraer actuaciones —exclusivamente fundada en defectos de forma que hayan disminuido las posibilidades de defensa— impide que la misma se generalice, pues ello no operaría ya como garantía de los contribuyentes, sino beneficiando al órgano que dictó el acto anulado y que vería recompensado su improcedente comportamiento (65). Otros autores propugnan una *visión antiformalista* —para evitar, precisamente, la de contrario signo sostenida por la Administración—, entendiendo que, con independencia de la literalidad del fallo, aun cuando sólo se tratara de sustituir una liquidación anulada por otra distinta, esta sustitución representa materialmente una *retroacción procedimental* que estaría sujeta al plazo especial de ejecución fijado por la LGT (66).

(64) Vid. FALCÓN Y TELA (2007a: p. 5); MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 823-824) y SOLER ROCH (2009: pp. 3-4).

(65) Vid. ESEVERRI MARTÍNEZ (2007: pp. 11-12).

(66) Vid. FALCÓN Y TELA (2007a: pp. 5-7), quien ha criticado con rotundidad la interpretación restrictiva administrativa; también MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 824-826).

4. Contenido de la ejecución, según el tipo de resolución adoptada

A) Clasificación de las resoluciones

Las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, al igual que las sentencias judiciales (art. 68 LJCA), pueden ser *estimatorias*, *desestimatorias* y declarar la *inadmisibilidad* de la reclamación (art. 239.3 LGT). Para nuestro enfoque restringiremos la atención a las del primer tipo, puesto que en las desestimatorias, la ejecución representa la confirmación del acto impugnado, dependiendo de si el mismo estuvo o no suspendido (67).

La LGT establece que las resoluciones estimatorias podrán anular total o parcialmente el acto impugnado, por razones de derecho sustantivo o por defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, produciendo, en este último caso, la anulación en la parte afectada y la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el vicio formal. El desarrollo, aunque poco sistemático (68), se encuentra en los apartados 3 a 5 del artículo 66 del RGRVA.

B) Anulación total sin necesidad de nuevo acto

La resolución que aprecie totalmente la pretensión del reclamante y no precise la necesidad de dictar un nuevo acto, planteará pocos problemas para su ejecución (69), consistiendo ésta, simplemente, en la anulación de todos los actos que traigan su causa del anulado, devolviendo las garantías aportadas o las cantidades que se ingresaron indebidamente —lo que dependerá de si hubo suspensión o no—, junto a los correspondientes intereses de demora (art. 66.5 RGRVA).

Así lo ha razonado el TEAC, en Resolución de 26 de marzo de 2009 (aplicando la doctrina contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 2001) (70), al declarar la imposibilidad de dictar una nueva liquidación si la reclamación contra la anterior había sido estimada en

(67) Vid. MARTÍN QUERALT (2005: p. 5); RUIZ TOLEDANO (2006: p. 18) —y del mismo autor (2009: p. 88)—; también MARTÍNEZ GINER (2008: p. 836). Refiriéndose a las sentencias, vid. RUIZ RISUEÑO (2004: pp. 300-301).

(68) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 13) y (2009: p. 85).

(69) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 832).

(70) En esta SAN de 27 de septiembre de 2001, se afirma que el TEAC puede conceder a quien recurre en alzada más de lo que concedió la resolución del Tribunal Regional, pero no menos, pues ello infringiría el principio que prohíbe la *reformatio in peius* (STS de 9 de Octubre de 1989).

cuanto al fondo de las pretensiones del reclamante (71). Lo contrario supondría reabrir un procedimiento ya concluso e iría contra la prohibición de *reformatio in peius*. En este caso se estimó la reclamación interpuesta contra la Resolución de un TEAR que, habiendo anulado la liquidación realizada por la Inspección —que no había probado los hechos que fundamentaban su regularización—, ordenó la práctica de nuevas actuaciones de comprobación, como si la Inspección dependiera funcionalmente del órgano revisor (72). Tal proceder es criticado por el TEAC por ir en contra del principio de seguridad jurídica, ya que los tribunales no pueden estar ordenando retrotraer las actuaciones *sine die*, otorgando a la Inspección una nueva posibilidad de pronunciarse y calificar de otra forma los hechos controvertidos.

C) Anulación total o parcial con nuevo acto

El artículo 66.3 del RGRVA reitera el principio de *conservación de los actos* y trámites no afectados por la causa de anulación (73), al referirse a resoluciones sobre el fondo del asunto que anulen total o parcialmente el acto impugnado, siendo necesario dictar un nuevo acto (74).

La ejecución de una resolución que anule una liquidación dependerá de si se acordó previamente o no la suspensión (75), afectando al devengo de intereses de demora que se exigirán sobre el importe de la nueva liquidación (art. 26.5 LGT) (76). De no haberse producido la suspensión, aunque no lo

(71) Vid. RUIZ TOLEDANO (2009: p. 86), haciéndose eco de la RTEAC de 26 de marzo de 2009.

(72) Para un supuesto semejante, vid. RTEAC de 10 de octubre de 2007.

(73) Vid. art. 66.2 RGRVA y arts. 64 a 67 LRJAPyPAC.

(74) Vid. RUIZ TOLEDANO (2009: p. 86). ESEVERRI MARTÍNEZ (2007: p. 14), ha llamado la atención sobre los términos del art. 66.3 RGRVA, pues no se termina de comprender que si se resuelve sobre el fondo del asunto suscitado y se anula totalmente el acto recurrido, invite a una conservación de las actuaciones no afectadas por la causa de anulación. En su opinión, este supuesto no admite posibilidad alguna de reconsiderar la composición del acto como consecuencia de la declaración de anulación.

(75) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 827); también RUIZ TOLEDANO (2009: p. 86).

(76) En relación a si caben o no intereses de demora en los casos en que la liquidación anulada se refiera a tributos en los que rige la práctica de liquidación administrativa, vid. FALCÓN Y TELA (2008: pp. 5 y ss.), quien razona su improcedencia con apoyo en SSTs de 23 de octubre de 1995, 5 de enero de 2001, 11 de mayo de 2004 y 31 de octubre de 2006 —sobre todo en esta última, que afirma que «si la Administración es la causante del retraso en el pago, por haber cometido errores, es ella quien debe hacerse única responsable del mismo, sin que pueda transmitirse dicha responsabilidad al deudor, por lo que la nueva liquidación, en la fecha en que se practique, es la única que debe tomarse en cuenta a la hora de liquidar los intereses de demora»—. También vid. MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 828-829), compartiendo los argumentos del anterior autor.

diga el Reglamento, procederá la devolución de las cantidades ingresadas (77), pudiendo compensarse de oficio (art. 73.1 LGT).

La ejecución de resoluciones estimatorias que dejen inalterada la cuota, pagos a cuenta, intereses, recargos o la sanción inicialmente impuesta, implicará la rectificación del acto impugnado y los posteriores que deriven de esta anulación parcial, manteniéndose los actos de recaudación previamente realizados, reformando, en su caso, las cuantías de las trabas y embargos realizados (78).

D) Resoluciones estimatorias por motivos formales

Cabe, por último, que las resoluciones estimen la existencia de defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, anulando total o parcialmente el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones al momento en que se produjo el defecto (art. 239.3 LGT).

Los comentaristas han resaltado la dificultad de determinar en ocasiones, salvo si la resolución lo indica de manera expresa, si estamos ante un *vicio de fondo* (p. ej.: insuficiencia de prueba) o un *defecto de forma* (v. gr.: omisión del trámite de audiencia o alegaciones, insuficiencia de motivación), cuya relevancia procedimental ha de ser clara en la indefensión causada al contribuyente (79). De lo contrario, y por razones de economía procesal, se debería entrar a conocer del fondo del asunto si la resolución que habría que adoptar, tras retrotraer y subsanar el vicio de forma, hubiera sido la misma.

El RGRVA (art. 66.4) contempla tres tipos de consecuencias: 1.º Retroacción de actuaciones; 2.º Anulación de todos los actos posteriores que tengan su causa en el anulado, y 3.º Devolución de garantías (80) y cantidades indebidamente ingresadas junto a los intereses de demora. La ejecución en sí de estas resoluciones se ciñe a los mencionados aspectos y no alcanza al procedimiento que deba continuar tras la retroacción ordenada y que terminará resolviendo el fondo del asunto.

(77) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 820). Esa compensación podrá darse también si hubo una anulación parcial del acto recurrido. Manifestándose críticamente con una indebida aplicación en estos supuestos, vid. AEDAF (s/f: p. 6).

(78) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 830); también RUIZ TOLEDANO (2009: p. 86). Al tratarse de una estimación por razones de fondo, aunque parcial, ESEVERRI MARTÍNEZ (2007: p. 14), rechaza la posibilidad de reponer actuaciones desde el momento en que fuese detectado el vicio de invalidación del acto.

(79) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 17) —y de este mismo autor (2009: p. 87)—; también MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 833-834). MARTÍN QUERALT (2010b: p. 8), ha insistido en la necesidad de analizar, y no pasar de manera apresurada, sobre la distinción entre defectos de forma y sustanciales.

(80) Si la resolución anulase parcialmente el acto impugnado por motivos formales, procederá la reducción proporcional de garantías prevista en el art. 67 RGRVA.

5. Incidente de ejecución, aclaración y extensión de resoluciones económico-administrativas y sentencias judiciales

Aparte de la regulación general aplicable a todos los procedimientos de revisión, el RGRVA contiene un par de preceptos dedicados al cumplimiento y extensión de las resoluciones económico-administrativas (arts. 68-69).

A) El deficiente y contradictorio incidente de ejecución contemplado en el RGRVA

El artículo 68 del RGRVA ha unificado el tratamiento de situaciones (y procedimientos) diferenciables —como son la discrepancia en la ejecución que se acomete y formulación de una nueva reclamación frente a cuestiones no resueltas y planteadas por el acto de ejecución— que hacía su antecedente inmediato (81). Esto ha suscitado dudas interpretativas sobre el ámbito de aplicación del incidente de ejecución y las cuestiones que se pueden abordar mediante el mismo (82), amén de la crítica por la eventual postergación de derechos al procedimiento legalmente establecido, al juez predeterminado y a la defensa sin cortapisas.

La norma establece este instrumento si el interesado está disconforme con los actos de ejecución de la resolución económico-administrativa, atribuyendo competencia para resolver el *incidente* (83) al tribunal que hubiese dictado la resolución que se ejecuta —anteriormente lo era el de primera o única instancia— y remitiendo a las normas del procedimiento general o abreviado que fueron aplicables para el recurso o la reclamación inicial, con la sola indicación de que habrán de suprimirse de oficio aquellos trámites que no sean indispensables para resolver la discrepancia planteada en el incidente; algo que contrasta con el perentorio plazo de cinco días para resolverlo que daba el reglamento anterior, pudiendo hacerlo ineficaz, confuso y contradictorio con la seguridad jurídica y su propia finalidad (84).

(81) Vid. art. 111 RPREA. En desarrollo del actual art. 68 RGRVA, vid. apartado Séptimo 1.4. de la Resolución de 21 de diciembre de 2005, ya citada.

(82) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 843); también FALCÓN Y TELLA (2007b: pp. 6-7).

(83) La doctrina ha dudado que el manejo de la propia denominación —incidente de ejecución— sea adecuada al incluir los casos en que se susciten cuestiones nuevas. Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 3) —y del mismo autor (2009: p. 90)—; SÁNCHEZ PEDROCHE (2006: p. 1006); MARTÍNEZ GINER (2008: p. 844).

(84) Vid. MURILLO RUIZ (2006: p. 422); PONT MESTRES (2006: pp. 10-11); también CAYÓN GALLARDO (2009: pp. 15, 17 y 18), advirtiendo que no serán pocos los casos en que los contribuyentes insten la vía del incidente de ejecución y la de reclamación, para desistir de alguna cuando y según proceda.

La doctrina ha criticado la regulación por apartarse de la impronta de urgencia (85), típica de una medida para reaccionar contra una ejecución parcial, fraudulenta o carente de identidad con la resolución adoptada (86). También se ha censurado por su pretensión de cerrar la puerta a la formulación de una reclamación económico-administrativa en los casos en que se planteen cuestiones nuevas en la ejecución de la resolución (87). Igualmente se ha objetado que, para estos supuestos en que surjan cuestiones no resueltas, la atribución de competencia para resolver el incidente al tribunal que hubiese dictado la resolución que se ejecuta —rompiendo la tradicional competencia de los TEAR para vigilar el cumplimiento de las resoluciones del TEAC en alzada—, puede afectar al derecho a los procedimientos legalmente establecidos y al juez predeterminado por la ley (88). Y el ejercicio del derecho de defensa sin restricciones puede quedar en entredicho con el enunciado, entre los supuestos de inadmisibilidad de los incidentes (89), de los temas que hubieran podido ser planteados en la reclamación cuya resolución se ejecuta (90), pues ello obligaría a afinar la puntería del reclamante, en cuanto a sus motivos de oposición, hasta extremos que sólo *a posteriori* podrá saberse si iban a resultar o no necesarios.

(85) Vid. PONT MESTRES (2006: pp. 16 y 18); también MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 846-847).

(86) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: p. 811).

(87) Vid. FALCÓN Y TELLA (2007b: pp. 7 y 8). En términos más comedidos, MARTÍNEZ GINER (2008: p. 845), ha venido a relativizar el problema, entendiendo que en el supuesto de que se planteen cuestiones nuevas, no sería procedente que se suprima ningún trámite, por lo que en el fondo se trataría, al menos procedimentalmente, como una reclamación económico-administrativa. En apoyo de esta argumentación, vid. RTEAC de 9 de octubre de 2007, que para casos en que se planteen cuestiones nuevas a través de un incidente de ejecución, admite que deben ofrecerse las mismas garantías al interesado que en un procedimiento económico-administrativo, para que no haya indefensión o desamparo alguno.

(88) Vid. FALCÓN Y TELLA (2007b: p. 8); también MARTÍNEZ GINER (2008: p. 846). El primero de estos autores pone el ejemplo de una nueva liquidación dictada en ejecución y sustitución de otra anterior anulada por el TEAC, que pasa a tener una cuantía inferior a 150.000 €. Si se planteara una reclamación económico-administrativa en relación con las cuestiones nuevas que suscitara la nueva liquidación, la competencia la tendría el TEAR, que pondría fin a la vía administrativa, debiendo acudir al TSJ correspondiente. Si la vía es la del incidente de ejecución, lo conocerá el TEAC y la competencia judicial la tendría entonces la Audiencia Nacional.

(89) Los otros motivos de inadmisión se corresponden con la lógica de evitar el empleo de la vía incidental para reabrir una nueva revisión de resoluciones firmes —art. 213 LGT— y con las circunstancias que determinan la declaración de inadmisibilidad enunciadas en el art. 239.4 LGT.

(90) Vid. MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 848-849). RUIZ TOLEDANO (2009: p. 99), señala que el RGRVA recoge la posición tradicional administrativa (v. gr.: RTEAC de 26 de mayo de 2000).

B) Aclaración de resoluciones

El artículo 68.4 del RGRVA recoge la posibilidad, que sólo ostentan los órganos competentes de la ejecución de las resoluciones económico-administrativas, de solicitar la aclaración de las mismas al tribunal correspondiente; lo cual no aparecía previsto en la anterior reglamentación (91).

Tanto la doctrina del TEAC, como la jurisprudencia contenciosa (92) confirman esta facultad exclusiva de los órganos encargados de la ejecución, que obtendrán la ventaja de la suspensión del plazo de ejecución durante la tramitación de su petición de aclaración (93). Para el esclarecimiento de las dudas o incongruencias de las resoluciones a instancias de los reclamantes, sólo podrán seguir la vía del incidente de ejecución (94).

C) Extensión de resoluciones económico-administrativas y sentencias judiciales

Otra novedad del RGRVA (art. 69) estriba en la extensión de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, siempre que se cumplan ciertos requisitos de índole objetiva y subjetiva. Los primeros afectan a los actos respecto de los cuales cabría ejercitar la petición de extensión, exigiendo el Reglamento que sean posteriores a la reclamación cuya resolución pretenda trasladarse —pero anteriores, lógicamente a que venza el plazo de un mes desde la notificación de la resolución (95)—, además de ser en todo idénticos al acto citado en el escrito de interposición de aquélla y que no sean firmes en vía administrativa. Del lado de los sujetos, estamos ante una extensión limitada exclusivamente al reclamante o interesado en la reclamación inicial.

(91) Pese a su regulación junto al incidente de ejecución, esta posibilidad de aclaración no forma parte de dicho ámbito. Vid. RUIZ TOLEDANO (2009: p. 90) —del mismo autor (2006: pp. 6-7)— y MARTÍNEZ GINER (2008: p. 849).

(92) Vid., por ejemplo, la RTEAC de 25 de junio de 2008 y la STSJ de Canarias, de 27 de noviembre de 2009, que desestima la posibilidad de dictar una sentencia aclaratoria del fallo de una resolución económico-administrativa impugnada.

(93) Vid. Resolución de 21 de diciembre de 2005, ya citada, apartado Séptimo 1.3.

(94) Vid. RUIZ TOLEDANO (2009: p. 101).

(95) Si ha transcurrido el plazo señalado por el art. 69.2 RGRVA, no cabrá solicitar la extensión de la resolución inicial, aunque sí podrá presentarse recurso o reclamación, cuya futura resolución debería ajustarse al mismo criterio de la primera si correspondiera al mismo Tribunal la dictó. Por ello, hubiera sido preferible establecer un plazo más amplio, como el del año que contempla la LJCA. Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: p. 4) —y del mismo autor (2009: p. 104)—; también MARTÍNEZ GINER (2008: p. 852), quien resalta la incoherencia que supone para con la finalidad del art. 69 RGRVA que se simultanean las vías de petición de extensión de resoluciones con la interposición de reclamación o recurso.

La solución, aunque inspirada en la ley jurisdiccional (art. 110 LJCA), resulta más restrictiva que ésta —pese a la ampliación que supone respecto de la anterior reglamentación (96)— y no ha incorporado una técnica de *amplificación de los efectos* de las resoluciones en relación con recursos masivos, si bien tiene la finalidad de reducir la litigiosidad de un mismo obligado tributario (97).

IV. EXAMEN DE ALGUNOS PROBLEMAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA RECIENTE

Llegados a este punto, observaremos a continuación algunas sentencias y resoluciones dictadas recientemente, donde aparecen reflejados varios de los problemas que han quedado mencionados en las páginas anteriores.

1. Vicios de nulidad, anulabilidad y defectos de forma

Es verdad que la mayoría de las cuestiones controvertidas que se suscitan al ejecutar sentencias y resoluciones podrían analizarse desde la perspectiva de los motivos y efectos de la invalidez de los actos de aplicación de los tributos e imposición de sanciones en la materia, dado el elevado interés dogmático y práctico que ello tiene (98).

Sin embargo, en el actual estado de cosas marcado por un recargado *decisionismo valorativo* de nuestros tribunales económico-administrativos y judiciales (99), tienden difuminarse los contornos de los vicios de nulidad absoluta y relativa (100), al tiempo que se hace inseguro catalogar los supuestos en que, por tratarse de vicios formales o de tramitación de los procedimientos, cabría ordenar una retroacción de actuaciones al momento en que los mismos se produjeron.

La apreciación de las consecuencias que deban darse a la *omisión del trámite de audiencia* constituye un buen ejemplo de lo dicho. La jurisprudencia ha evolucionado desde su consideración como esencial, importantísimo o sagrado requisito, hasta su relativización, fuera del procedimiento sancionador, como

(96) El art. 118.6 RPREA de 1996 sólo preveía la extensión de efectos respecto de actos de retención tributaria.

(97) Vid. RUIZ TOLEDANO (2006: pp. 1-2) —del mismo autor (2009: p. 102)—; también MARTÍNEZ GINER (2008: pp. 850-851).

(98) Vid. BOSCH CHOLBI (2010a: p. 289). Para un estudio de los efectos derivados de la inobservancia del procedimiento sancionador tributario, vid. ALMUDÍ CID (2010: pp. 1047 y ss.).

(99) Vid. BOSCH CHOLBI (2010a: p. 309).

(100) Vid. arts. 62 y ss. LRJAPyPAC, así como el art. 217.1 LGT, que constituye la transposición del primero. Vid. MARTÍN LÓPEZ (2010: p. 6).

un defecto de forma que no determinaría automáticamente la anulabilidad si el interesado puede formular alegaciones y presentar documentos en cualquier otro trámite posterior (101).

Así, por ejemplo, el TSJ de Galicia mantuvo la esencialidad del citado trámite en la Sentencia de 31 de enero de 2007, por lo que su omisión determinaba la nulidad radical de la liquidación girada. Sin embargo, en Sentencia posterior de 23 de julio de 2008, considera que tal defecto es subsanable si se concede al interesado la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa con posteriores alegaciones, por lo que desestima la invocada indefensión y falta de motivación de un acuerdo sancionador.

Este mismo resultado, en relación con un expediente de gestión, se produjo en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2008. Y, más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 2009, aparte de efectuar una general consideración sobre la fuerza invalidatoria de los defectos formales que invocaba la recurrente —con argumentos traídos de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo (102)—, resuelve desestimando la alegación de nulidad de pleno derecho de la Resolución del TEAC combatida, por no haber concedido el trámite de puesta de manifiesto y alegaciones, al considerar que tal vicio de forma sólo producirá la invalidez de los actos impugnados cuando los mismos carezcan de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados, pudiendo purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso-administrativa, enjuiciando el fondo del asunto.

No es nueva, ni mucho menos, la consideración crítica acerca de decisiones judiciales que declaran la nulidad de actuaciones y condenan a la Administración a dictar un nuevo acto que sustituya al anulado, lo cual se cumplirá de buen grado y puntualmente siempre que se trate de actos de contenido negativo y, en general, cuando a sus intereses conviene. A partir de una fórmula ritual, carente de base legal y procedente de la primera época de nuestro contencioso-administrativo, los tribunales han frecuentado declarar la nulidad y reponer las actuaciones, como si así se conciliara el atrevimiento del juzgador por haber anulado un acto de la Administración con el otorgamiento a ésta de una nueva oportunidad para que acierte (103).

(101) Vid. SANZ CLAVIJO (2010: pp. 103 y ss.). La STS de 11 de julio de 2003 declara que la omisión del trámite de audiencia no merece otra calificación que la de mera irregularidad. En sentido similar, vid. la STS de 16 de marzo de 2005.

(102) Vid. SSTS de 14 de junio de 1985, 3 de julio de 1987, 16 de noviembre de 1987, 6 de julio de 1988, 22 de julio de 1988, 27 de febrero de 1991, 17 de junio de 1991, 10 de octubre de 1991, 20 de julio de 1992, 14 octubre 1992 y 14 de febrero de 2000.

(103) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1969: pp. 98-99 y 102), refiriéndose al fallo contenido en la STS de 7 de marzo de 1967.

Los intentos encaminados a la reducción de ese fenómeno, que entraña un intercambio de técnicas del procedimiento administrativo al proceso contencioso, se han ligado a la consideración del carácter instrumental de los defectos formales de los actos, cuya valoración se ha hecho en función del fondo del asunto y con la convicción de que alcanzar una decisión que ponga fin a la controversia no sólo se justifica por razones de economía procesal, sino ante todo por el derecho fundamental y preeminente de acceso a la justicia (104).

Cuando se considere incorrecta una liquidación por error en el sujeto, o se haya determinado indebidamente la base imponible de un tributo, se hubiesen aplicado incorrectamente tipos impositivos, deducciones o se haya dado una falta de prueba, la sentencia estimatoria no debe permitir que la Administración pueda ejercer nuevamente su potestad de autotutela declarativa. Y si lo que se ha producido es un vicio formal por falta de motivación de las comprobaciones de valor o inidoneidad del perito; en las diligencias, actas o acuerdos de liquidación o de medidas cautelares; omisión del trámite de audiencia; falta de informe ampliatorio del acta de disconformidad o al utilizar el régimen de estimación indirecta; falta de poder del representante; incompetencia del actuario; falta de notificación, etc. (105), la capacidad de corrección de las irregularidades como consecuencia de una decisión de retroacción de actuaciones, debe plegarse a la existencia de una situación de efectiva indefensión del contribuyente (106) que es, precisamente, lo que se trata de corregir reponiendo la tramitación del expediente al momento en que el vicio se originó.

Pero una cosa es la teoría y otra la práctica, como muestra que para un defecto de motivación se aprecie, por un lado, la misma naturaleza sustantiva que si se tratara de un acuerdo sancionador inmotivado, declarando la nulidad de pleno derecho del acto de liquidación y su ineficacia para interrumpir la prescripción (STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2009) y, por otro, se mantengan estos efectos y se admita expresamente la retroacción por tratarse de un vicio de forma (STS de 22 de septiembre de 2008).

2. Ejecución en sus términos sin retroacción de actuaciones

En la jurisprudencia reciente, van abriéndose paso las decisiones que declaran la improcedencia de haber ordenado reponer actuaciones, cuando el vicio que afectaba al acto impugnado requería, lisa y llanamente, ser anulado sin aquel pronunciamiento complementario.

(104) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1969: pp. 79-81, 90 y 104).

(105) Vid. BOSCH CHOLBI (2010a: pp. 314-316).

(106) Vid. PONT MESTRES (2006: p. 17); también SANZ CLAVIJO (2010: p. 151).

Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 18 de septiembre de 2008, estima parcialmente un recurso interpuesto contra una Resolución del TEAC que había ordenado la repetición de actuaciones para que la Inspección, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, procediera a determinar correctamente el valor atribuible al suelo que debía ser excluido de la base de amortización. La Sala reitera la doctrina contenida en fallos anteriores (107) y declara la improcedencia de que los tribunales económico-administrativos señalen esa retroacción de ordinario, la cual sólo puede darse para que se depuren las irregularidades formales que satisfagan los derechos del contribuyente, y no como nueva oportunidad para que la Administración dicte acuerdos de liquidación, sanción o recaudación. La Audiencia cita, en apoyo de la tesis a la que llega, tres razones: 1.^ª) El mandato de retroacción, fuera de los casos en que puede darse, sería contrario a un estricto desempeño de la función revisora; 2.^ª) Dicha orden podría suponer, de hecho, una *reformatio in peius*, si reorienta la actividad administrativa hacia el ejercicio de una potestad distinta a la que originó el acto debatido; y 3.^ª) Porque el propio TEAC ha manifestado, en diversas ocasiones, la improcedencia de ordenar la reposición de actuaciones, incluso en supuestos de falta de motivación, donde parecería más razonable abrir esa posibilidad (108).

En la misma dirección se orienta el TSJ de Cataluña, en Sentencia de 23 de abril de 2009, desestimando el recurso interpuesto contra una Resolución del TEAR que había anulado parcialmente un acuerdo de liquidación por razones de derecho sustantivo y no por defectos formales, por lo que no se acordó, ni podía acordarse, la retroacción de actuaciones (109). Y, también, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de julio y 21 de septiembre de 2009, pronunciándose sobre la improcedencia de retrotraer el expediente sobre la base de la interdicción de la *reformatio in peius* y el contenido de las facultades revisoras de los órganos económico-administrativos. Del mismo modo, el TSJ de la Comunidad Valenciana, en un Auto de 17 de mayo de 2010, resuelve un incidente de ejecución contra un acuerdo de alteración catastral que se había

(107) Vid. SSAN de 17 de abril de 2008 y 26 de junio de 2008. También puede mencionarse, aunque no se cite en el fallo que comentamos, por ser posterior, la SAN de 25 de septiembre de 2008 que resuelve un caso de estimación parcial basada en la incorrecta apreciación por la Inspección de los ingresos computables, lo cual no puede conducir a una segunda oportunidad para practicar una nueva liquidación, siendo improcedente reponer actuaciones.

(108) Haciéndose eco de las razones citadas en el texto, vid. MARTÍN QUERALT (2010b: p. 11).

(109) El mismo TSJ de Cataluña había mantenido ya el mismo criterio en la Sentencia de 4 de octubre de 2007, señalando el carácter excepcional de la reposición de actuaciones que conduzca a la emisión de nuevas liquidaciones o sanciones. De esta manera, cuando el TEAR se limite a acordar la anulación de los actos, «debe de entenderse que la cuestión ha quedado definitivamente juzgada y zanjada, sin que sea viable un posterior expediente en el que se pretenda subsanar la evidente nulidad de la primera». Vid. CAAMAÑO ANIDO (2010: p. 12).

dictado en ejecución de una Sentencia anulatoria del propio tribunal valenciano que ni siquiera mencionó una posible retroacción de las actuaciones administrativas para que se sustituyera el acuerdo previo anulado (110).

A finales de agosto de 2010, fueron muchos los medios de comunicación que se hicieron eco de la Resolución del TEAC de 29 de junio de 2010 (111), que desestimó el recurso de alzada interpuesto por el Director del Departamento de Inspección de la Agencia Tributaria, partidario de que la Resolución del TEAR de Cataluña de 22 de mayo de 2008 hubiese recogido expresamente la posibilidad de dictar nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas. El TEAR había resuelto con el señalamiento de que, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, las liquidaciones sólo pueden ser trimestrales o mensuales, pero no pueden abarcar el año natural, procediendo la anulación de las practicadas por la Inspección con esa extensión temporal.

En sus razonamientos de Derecho, el TEAC dedujo «el principio de prioridad lógica de las cuestiones formales invalidantes de los actos administrativos, sobre las cuestiones de fondo» e hizo gala de una flexibilidad máxima al referirse a la naturaleza —«cualquiera que sea», señaló— de la cuestión apreciada por el TEAR para anular la liquidación, aunque descartando que estuviésemos ante un defecto formal o procedimental, por lo que se trataría de un vicio que afecta intrínsecamente al esquema liquidatorio del impuesto, alterando la relación jurídico-tributaria en los términos que recoge la normativa del IVA. Luego señaló que la anulación acordada por el TEAR debía ser ejecutada en sus propios términos por la Administración, al no haberse dado la oportunidad a la misma de reponer el procedimiento a un momento concreto, a fin de que continuasen a partir del trámite correspondiente. Con apoyo en la doctrina del propio TEAC (112), así como en varias sentencias judiciales (113), se razonó

(110) Vid. BOSCH CHOLBI (2010b: pp. 8 y ss.).

(111) Los titulares periodísticos resultan elocuentes de la importancia que se quiso ver en el fallo, veamos algunos: «Hacienda tendrá que revisar hasta 20.000 liquidaciones del IVA anuladas» (*El País*, 27 de agosto de 2010); «Un error de Hacienda le cuesta 3.000 millones, lo que ganará al subir el IVA» (*Expansión*, 27 de agosto de 2010); «Hacienda tendrá que rehacer las liquidaciones anuales del IVA de tres años para no perder 5.000 millones» (*La Voz de Galicia*, 27 de agosto de 2010); «Una sentencia anula las liquidaciones del IVA de los años 2006, 2007 y 2008» (*La Razón*, 27 de agosto de 2010); «Hacienda tendrá que repetir miles de liquidaciones de IVA» (*El Economista*, 27 de agosto de 2010); «La justicia tributaria agrava la crisis» (*La Voz de Galicia*, 31 de agosto de 2010); «Prohibido el reinicio de actuaciones de Hacienda ante liquidaciones anuladas» (*El Economista*, 1 de septiembre de 2010).

(112) Aunque no se cite en la Resolución que comentamos en el texto, la misma tesis sobre la improcedencia de retroacción derivada de la prohibición de *reformatio in peius* se puede observar en la RTEAC de 26 de marzo de 2009.

(113) Vid. RTEAC de 22 de mayo de 2008; STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2008 y SSAN de 27 de septiembre de 2001 y 25 de septiembre de 2008.

que los Tribunales no pueden estar ordenando retrotraer las actuaciones *sine die*, otorgando a la Inspección la posibilidad de pronunciarse de nuevo y calificar de otra forma los hechos controvertidos, dando lugar en su caso a una nueva calificación que fuera más perjudicial para el interesado que vulneraría así la prohibición de *reformatio in peius*. La labor inspectora habría acabado, por tanto, y no puede reabrirse un procedimiento ya concluido (114).

Pero no era seguro que la doctrina de esta Resolución del TEAC fuera a acabar consolidándose, al menos de momento y, con independencia de las consideraciones que han efectuado diversos autores sobre las consecuencias que acarrea y la posibilidad de revisión de dicha resolución (115), su rectificación se ha producido en el ámbito jurisdiccional (STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2010) (116) y, alcanzando mayor notoriedad en el propio orden económico-administrativo por una nueva Resolución del TEAC, de 24 de noviembre de 2010 (117), la primera que dicta la Sala Especial de Unificación de Doctrina, tras el recurso extraordinario interpuesto por el Director General de Tributos (118).

La primera cuestión que aborda la Sala en esta nueva Resolución es la naturaleza material o formal del vicio en que se incurrió al dictar liquidaciones por períodos anuales en lugar de las correspondientes trimestrales, a efectos del IVA. Tras un intento de sistematización de los defectos formales —según

(114) Frente al criterio de la Sala, el voto particular formulado por la titular de la vocalía 12.ª sostuvo la naturaleza formal o procedimental, no sustantiva, de la infracción apreciada, «lo que no impediría la práctica de nuevas liquidaciones en las que se procediera simplemente a imputar las diferentes operaciones regularizadas a un determinado trimestre o mes, suprimiendo la incorrecta referencia global a un año natural, y sin alterar la calificación jurídica ya efectuada por los órganos de aplicación de los tributos...».

(115) Entre otros, vid. DE LA TORRE DÍAZ (2010a); FALCÓN Y TELLA (2010b: pp. 7 y ss.) y NAVARRO SANCHÍS (2010: p. 23).

(116) Esta STSJ de Madrid, de 22 de noviembre de 2010 declara que la anulación de una liquidación de IVA por comprender todo el año natural, en ningún caso impide a la Administración tributaria a practicar las nuevas liquidaciones que correspondan con arreglo a Derecho.

(117) Un comentario de esta RTEAC de 24 de noviembre de 2010 puede verse en DE LA TORRE DÍAZ (2010b).

(118) Después de una larga argumentación, el citado recurso solicitaba de la Sala, en unificación de doctrina, que declarase: 1.ª) la procedencia de nueva liquidación tras la anulación de la primigenia por cualquier motivo distinto a su carácter anual, si el interesado no hubiese cuestionado dicho aspecto, sin perjuicio de la retroacción que pudiera ordenarse en todo caso; 2.ª) la improcedencia de anular la liquidación si el único vicio existente fuese esa connotación anual, dado el carácter formal que reviste y que no produce indefensión a los obligados tributarios y, subsidiariamente, 3.ª) que en el caso de que se anule una liquidación anual del IVA exclusivamente por considerarse que hubieran debido practicarse tantas liquidaciones como períodos de liquidación fueron objeto de comprobación, procederá la práctica de las nuevas liquidaciones con aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.3 del RGRVA.

que afecten al procedimiento tributario o al propio escrito que documente la liquidación, pero provocando, en todo caso, una situación de indefensión del contribuyente determinante de su anulabilidad— y de los vicios sustanciales que se relacionan con cualquiera de los elementos definitorios o cuantificadores de la obligación tributaria, se admite la dificultad de deslinde entre los mismos, dada la falta de claridad que arroja la jurisprudencia sobre su conceptualización y las consecuencias que reporta el incumplimiento en cada caso. La conclusión a la que se llega es que «el defecto consistente en liquidar por períodos anuales en vez de trimestrales, no es un defecto procedimental, ni tampoco supone la omisión de ningún requisito documental; se trata sencillamente de la aplicación incorrecta de la normativa liquidatoria del tributo, de ahí su naturaleza material», entrando después a valorar la mayor o menor gravedad del perjuicio causado respecto a las consecuencias y a la acción a desarrollar por la Administración para adecuar a Derecho su actividad concreta. Desde esta perspectiva se deduce que el defecto en que incurrió la Administración al liquidar el IVA por periodos anuales no produjo perjuicio alguno al interesado, por lo que ha de concederse a aquélla la máxima simplificación procedimental que el ordenamiento permita para sanar aquellos actos de liquidación.

El segundo problema que se trata es el de la procedencia o no de ordenar la retroacción de actuaciones en los supuestos de anulación de liquidaciones acordadas por los órganos económico-administrativos. La Sala comienza descartando la argumentación del recurrente, toda vez que el defecto apreciado es material y no se ha producido indefensión en el contribuyente, aclarando después que si «un Tribunal Económico-Administrativo declara la nulidad de un acto de gestión tributaria sin pronunciamiento expreso sobre la retroacción, la Administración siempre está facultada (y obligada) a actuar en ejecución del mismo en un sentido o en otro. Si todavía es posible hacer efectivo el crédito tributario total o parcialmente, deberá desarrollar una actuación dirigida a ese fin cuyo contenido puede ser de muy distinta naturaleza en función de las circunstancias del caso. Si por el contenido del fallo, ya no es posible dictar una nueva liquidación (por ejemplo, la cuestión planteada era exclusivamente la deducibilidad de un gasto o una deducción y se admite su deducibilidad), la Administración también debe actuar en ejecución de fallo anulando expresamente la liquidación. En todo caso la ejecución del fallo corresponde en exclusividad a la propia Administración tributaria». Así las cosas, se concluye que en supuestos distintos de los defectos formales el órgano económico-administrativo no tiene porqué pronunciarse sobre la retroacción de actuaciones, debiendo ser la propia Administración autora del acto anulado la que, a la vista del contenido del fallo y de los fundamentos de la resolución, y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas del supuesto concreto, adopte las medidas concretas en ejecución de fallo.

A pesar de la argumentación anterior, la Sala se pronuncia sobre aspectos que aparecían en el recurso del Director General de Tributos, señalando las actuaciones que deberá desarrollar la Administración si dispone de la documentación necesaria para poder practicar la liquidaciones por los periodos correctos, respetando los derechos de los contribuyentes y, en especial, los principios de evitación de *reformatio in peius* y de conservación de actos (119); y declarando, también, los límites y el fundamento de la revisión en vía económico-administrativa, en el caso de cuestiones derivadas del expediente pero no planteadas por los interesados (120).

La última cuestión que se considera por la Sala se refiere a si la Administración, tras haber errado en anteriores liquidaciones, conserva o no la facultad de dictar otras nuevas en sustitución de las anuladas. La distinción conceptual entre obligación tributaria y liquidación de la misma sirve para razonar que la subsistencia de la primera legitimará la acción liquidatoria de la Administración hasta que se produzca la prescripción (121). De esta manera, salvo que la anulación de las liquidaciones resulte de la inexistencia de la obligación tributaria, sus efectos se anularían exclusivamente a los actos administrativos de liquidación, pero permanecería la obligación, lo que determina que la Administración «no sólo está facultada, sino que está obligada a dictar liquidación o a realizar cuantas actuaciones sean necesarias para poder llevar a cabo la función pública que le está encomendada... con aplicación

(119) La Sala considera que: «—Si la rectificación consecuencia de practicar liquidaciones trimestrales supone una menor cuantía a ingresar (por ejemplo, por prescripción de algún período trimestral o por cualquier otra causa), dicha menor cuantía prevalecerá en todo caso en beneficio del obligado tributario. —Si la rectificación de los períodos de liquidación supone una mayor cuantía a ingresar (cuotas a compensar en el último o últimos períodos del año) no podrá exigirse una cantidad mayor de la resultante por liquidación anual, prevaleciendo la compensación global anual practicada en la liquidación originaria. —En cualquier caso, si como resultado de practicar liquidación por períodos trimestrales resultara un mayor importe de intereses de demora como consecuencia del adelantamiento de la fecha de su devengo y cómputo, no podrá exigirse una cuantía superior que la que resultara de haberse practicado la liquidación anual». Para el caso de que la Administración no contase con los datos necesarios para liquidar por períodos trimestrales, habrá de iniciar una nueva comprobación.

(120) Como límites: la interdicción de *reformatio in peius* y el principio de congruencia. Y como fundamento: «proteger los derechos de los administrados incluso en el supuesto de no haber sido planteados por éstos de forma expresa en la reclamación o recurso... No obstante, el pronunciamiento de oficio será procedente cuando ello suponga una clara ventaja al interesado (prescripción de algún período trimestral), debiéndose señalar que en cualquier caso, al no tratarse de un defecto formal que haya provocado indefensión, el pronunciamiento de oficio sobre el período de liquidación no exime al órgano de revisión de resolver asimismo sobre todas las cuestiones de fondo planteadas por los interesados en la reclamación».

(121) Y aún más afirma la Sala: «incluso una vez prescrito el derecho de la Administración a liquidar, para determinadas cuantías puede subsistir temporalmente la obligación tributaria, permitiendo su exacción por vía penal».

de los principios propios de la actuación administrativa (transmisibilidad, conversión de actos viciados, conservación de actos y trámites, y convalidación); conclusión ésta que se confronta con la posibilidad de reiteración limitada de actuaciones de comprobación de valores que posteriormente examinaremos y que, inspirándose en la seguridad jurídica, impide multiplicar los actos de la Administración hasta que acierte.

Frente a la suerte de razonamientos expresados en la Resolución que acaba de comentarse y muy cercana en fechas a la misma, sólo que situándose en el ámbito judicial, la Sección 3.º de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana ha dictado la Sentencia de 17 de junio de 2010 (recurso n.º 3903/2008), viniendo a establecer la imposibilidad de reiterar los actos administrativos tributarios una vez que los mismos han sido anulados por sentencia judicial, con independencia de cuál sea el tipo de vicio o defecto determinante de la anulación, resultado al que se llega en aplicación de los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

Este nuevo pronunciamiento, disonante con la jurisprudencia mayoritaria en el orden contencioso-administrativo (incluso con la doctrina mantenida por la propia Sala) (122), casa perfectamente con los argumentos publicados por el ponente (el Magistrado Baeza Díaz-Portales), antes y después de hacerse notorio el fallo (123), sorprendiendo la brevedad de los razonamientos utilizados, sobre todo si se compara con la extensión del voto particular discrepante de dos Magistrados (Manglano Sada y Lorente Almiñana).

La Sentencia anticipa rápidamente la estimación del motivo impugnatorio fundado en la imposibilidad de retroacción de actuaciones al mediar sentencias judiciales que habían resuelto definitivamente, anulándolos, determinados actos de liquidación e imposición de sanciones. Asimismo, se advierte del criterio de la propia Sala que juzgaba factible esa retroacción al momento en que se incurrió en un vicio de forma y del que se aparta, con expresa invocación de la STC 111/2001, de 7 de mayo (FJ 2.º) (124), fijando un ámbito particular de

(122) Por su proximidad con la sentencia comentada, vid. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de abril, 9 de julio y 12 de julio, todas de 2010.

(123) Vid. BAEZA DÍAZ-PORTALES (2010a) y (2010b).

(124) En dicha STC 111/2001 se reitera la jurisprudencia que advierte contra cambios arbitrarios del sentido de decisiones judiciales adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente coincidentes (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre, FJ 2.º; 52/1986, de 30 de abril, FJ 2.º; 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3.º; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2.º; 34/1995, de 6 de febrero, FJ 1.º; y 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3.º; y 176/2000 de 26 de junio, FJ 3.º, entre otras), a la vez que se admite que el órgano judicial se aparte conscientemente de sus resoluciones precedentes ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio (SSTC 52/1982, de 22 de julio, FJ 5.º; 60/1984, de 16 de mayo, FJ 2.º; 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 2.º; 25/1987, de 26 de febrero, FJ 1.º; 200/1990, de 10 de diciembre, FJ 2.º; y

esa nueva doctrina que es el Derecho Tributario y no el Derecho Administrativo en general. Luego se expresan motivos de estricta legalidad y se fundamenta la conclusión en los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva (arts. 9.3 y 24.1 CE).

Por lo que se refiere a las razones de estricta legalidad, la Sala recuerda que las posibilidades sanatorias de los actos administrativos se encuentran previstas en una normativa dirigida a los órganos administrativos y económico-administrativos que no puede extrapolarse a los procedimientos jurisdiccionales que concluyen con sentencias que habrán de limitarse a inadmitir los recursos, desestimarlos o estimarlos y anular entonces, total o parcialmente los actos impugnados.

En cuanto a la perspectiva aportada por los indicados principios constitucionales, difícilmente se puede objetar el hecho de que los mismos se vean comprometidos cada vez que la Administración tributaria, pese a que se haya dirimido ya el litigio por sentencia que estime y anule la liquidación, gire una nueva contradictoria y sin más límite que no contradecir el pronunciamiento judicial, aprovechando para replantear cuestiones que hubieran precisado de revisión de oficio de no haberse anulado por los jueces la liquidación impugnada por el contribuyente y sólo por él. Esta situación, nada infrecuente, y sustentada en rancios privilegios de la Administración que soporta la tesis jurisprudencial mayoritaria es la que se antoja a la Sala como contraria «no ya a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica sino incluso al sentido común».

La ponderación que se efectúa, entonces, entre la búsqueda del principio de justicia material —contribución según la capacidad económica— a que atiende la posibilidad de reiterar actos administrativos anulados (especialmente si los vicios fueron de procedimiento) y el de seguridad jurídica —cuya eficacia se vería mermada cada vez que se produzca esa reiteración pese a que los actos fueron anulados por sentencia judicial— se inclina a favor de este último, limitando el primero y declarando la inviabilidad de reiteración con independencia de cuál haya sido el tipo de vicio o defecto determinante de la anulación.

104/1996, de 11 de junio, FJ 2.º), o cuando resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio, por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen (entre otras, SSTC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4.º; 64/1984, de 21 de mayo, FJ 2.º; 49/1985, de 28 de marzo, FJ 2.º; 166/1985, de 9 de diciembre, FJ 5.º; 181/1987, de 13 de noviembre, FJ 1.º; 55/1988, de 24 de marzo, FJ 3.º; 108/1988, de 8 de junio, FJ 2.º; 115/1989, de 22 de junio, FJ 4.º; 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2.º; 200/1990, de 10 de diciembre, FJ 3.º; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3.º; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2.º; 104/1996, de 11 de junio, FJ 2.º; y 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5.º).

Por su parte, el voto particular achaca que la tesis que se ha resumido supone un retorno a la doctrina del « tiro único » —según la cual no cabe una segunda liquidación tras la anulación de la primera— y emplea argumentos de la STS de 7 de octubre de 2000 y de otros pronunciamientos del mismo Tribunal en el campo de las comprobaciones de valores —donde lo que se legitima es el « doble tiro » como fórmula para impedir las facultades de subsanación o reiteración administrativa *sine die*—, entendiendo que el conflicto que plantea la Sala entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional resultaría artificial y desenfocado, sin deducir vulneración de la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica y anteponiendo a éstos los principios de igualdad ante la ley, capacidad económica, generalidad y progresividad, justicia tributaria y los objetivos de redistribución de la riqueza y solidaridad (arts. 1.1, 14, 31.1, 131.1 y 138.1 CE), aunque el esfuerzo de ponderación se limite a citar unas cuantas Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional a las que se añadirán diversos fallos del orden contencioso-administrativo para apuntalar la idea de que « la Administración puede volver a liquidar en los supuestos de anulación de una liquidación por vicios formales, con determinados límites ».

3. Ejecución de resoluciones sobre comprobaciones de valor y límites de la retroacción

Ha sido con ocasión del complejo ámbito de la actividad de comprobación de valores como se ha alcanzado una situación de cierta *paz jurisprudencial* (125) que viene a establecer que la Administración sólo tiene dos oportunidades de acertar, de manera que si el segundo acto de comprobación de valores, dictado en sustitución del primero declarado nulo, resultase también objeto de anulación en vía de recurso, se tendrá por bueno y firme el valor declarado en su día por el contribuyente, ya que deviene imposible que la Administración dicte un tercer acto de comprobación.

Esta línea de interpretación, como se ha sugerido por la doctrina, podría proyectarse sobre cualquier otra causa formal de invalidez (por ejemplo: errores de notificación, falta de motivación, indefensión, etc.) impidiendo que se reitera una orden de retroacción y que esta misma sólo pueda darse si así lo establece de manera expresa el Tribunal que acordó la anulación del acto recurrido (126). No faltan, sin embargo, planteamientos que sugieren una cierta fragilidad en este razonamiento jurisprudencial que legitima, por razones de *interés general*, una segunda oportunidad para acertar. ¿Por qué solamente una segunda vez,

(125) Vid. VILLAVERDE GÓMEZ (2002: p. 1); también CAAMAÑO ANIDO (2010: p. 12) y, más ampliamente, MALVÁREZ PASCUAL (2001: pp. 21 y ss.).

(126) Vid. CAAMAÑO ANIDO (2010: p. 12).

y no una tercera o cuarta, cuando el monto del acto administrativo sea de cuantía elevada? ¿No se satisfaría mejor ese maleable interés en recaudar si se reitera, una y otra vez, la oportunidad para que, quizás, a la enésima sea la vencida y se actúe correctamente? (127)

Quedándonos ahora con algunos de los pronunciamientos más recientes, tenemos, por ejemplo, la Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 15 de mayo de 2009, en la que se anula una comprobación de valores por motivación insuficiente del dictamen del perito de la Administración, al faltar el conocimiento de la totalidad de los datos del estudio de mercado que servían de fundamento a alguno de los coeficientes aplicados y no constar, tampoco, la exploración personal del inmueble, ni las razones que excusaron la visita al bien objeto de la valoración. La invalidez de la comprobación se complementa con la orden de retroacción de actuaciones.

El mismo Tribunal, en Sentencias de 25 de septiembre de 2009, 5 de febrero de 2010 y 26 de febrero de 2010, rechaza dar una tercera oportunidad a la Administración, condenándola a pasar por el valor declarado por la interesada, por mucho que sea irrisorio, en casos también ligados a comprobaciones defectuosas e inmotivadas en la aplicación de coeficientes, omisión de la inspección personal, desconocimiento de datos del valor de mercado, etc.

El TSJ de Andalucía, en Sentencia de 26 de octubre de 2009, hace suyos los criterios del Tribunal Supremo (128), pero desestima el recurso de la Junta de dicha Comunidad y no la otorga la posibilidad de retrotraer las actuaciones, porque la anulación del expediente de comprobación de valores por el TEAR se debió a una aplicación errónea de unos valores no vigentes a la fecha en que aquella se practicó.

Por su parte, el TSJ de Galicia, en Sentencia de 18 de noviembre de 2009 resuelve conceder a la Administración una nueva posibilidad por deducir que el perito designado por el contribuyente no era idóneo, al carecer del título adecuado, a pesar de que cuando se comunicó la designación a la Administración, ésta no manifestó ninguna oposición y mantuvo la comprobación de valores y liquidación consecuente.

Para cerrar el recorrido sobre retroacción de actuaciones de comprobación de valor de bienes y derechos, tenemos tres nuevas sentencias del Tribunal Supremo en las que mantiene su línea interpretativa.

La STS de 25 de noviembre de 2009 estima el recurso de casación interpuesto contra una STSJ de Galicia que había confirmado una primera Resolu-

(127) Vid. BOSCH CHOLBI (2010b: p. 10).

(128) Vid. SSTS de 29 de diciembre de 1998 y 7 de octubre de 2000.

ción del TEAR, aunque en otra posterior —estando ya en trámite el recurso de casación— había anulado la segunda comprobación de valores practicada. Sobre este último extremo el representante de la Xunta de Galicia se limitó a manifestar que no era posible discutir si existía o no y que, en caso de que existiera, no había sido objeto del pleito de primera instancia. El Tribunal Supremo contradice dicha argumentación por insuficiente, señalando que «el representante de la Junta estaba obligado a desvirtuar el valor del documento aportado so pena de aceptar la inexorable nulidad de los actos impugnados, pues ya no puede ser rechazado el vicio de que adolece, la fijación de la correcta valoración de los bienes transmitidos». Y resuelve declarando que «no puede sostenerse la posibilidad de que la Administración, indefinidamente, pueda reproducir una valoración después de haber sido anulada por causa a ella sola imputable, como ocurre en los casos de ausencia o deficiencia de motivación».

La STS de 24 de mayo de 2010 desestima el recurso de casación en interés de ley que interpuso la Generalitat de Cataluña contra una STSJ de esa Comunidad (129) que había declarado la nulidad de plano y negaba la posibilidad de la retroacción facultada por el TEAR al anular la liquidación practicada por estar insuficientemente motivada y haberse omitido el trámite de audiencia. El TSJ de Cataluña basó su fallo en la infracción de derechos constitucionales, la falta de procedimiento con el consiguiente defecto de soporte y la falta de elementos materiales y formales que sostengan el acuerdo administrativo. Esta argumentación facilitó que, en el incidente de ejecución de sentencia, el TSJ declarase la imposibilidad de iniciar un procedimiento sancionador que subsanase el déficit de motivación, por lo que los acuerdos sancionadores eran nulos de pleno derecho. En su Sentencia, el Tribunal Supremo reincide en su doctrina (130) sobre el requisito de la motivación como un elemento meramente formal del acto administrativo, admitiendo, aunque con límites, la retroacción de actuaciones; diferenciándose así de lo apreciado por el TSJ de Cataluña (131).

(129) Vid. STSJ de Cataluña, de 12 de febrero de 2009.

(130) Aparte de las citadas en una nota anterior, vid. SSTS de 26 de enero de 2002, 9 de mayo de 2003, 19 de septiembre de 2008, 22 de septiembre de 2008 y 29 de junio de 2009.

(131) En el voto particular formulado por el Magistrado D. Emilio Frías Ponce, al que se adhiere D. Juan Gonzalo Martínez Micó, se sostiene que «resulta muy difícil mantener que, cuando se gira una liquidación, la motivación constituye un requisito meramente formal, no material y de fondo, pues, en la aplicación del Derecho tributario, ningún otro acto tiene tanta relevancia como la liquidación, no solo porque determina y exige una deuda tributaria al contribuyente, con carácter ejecutivo, sino también por las consecuencias que se derivan, por lo que necesita encontrar una causalización, y el hecho o conjunto de hechos que la justifiquen deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó. En definitiva, estamos ante un elemento sustancial que guarda una íntima relación con la causa, motivos y fin de los actos».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2010 estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Administración General del Estado contra una STSJ de Madrid que había declarado la nulidad por falta de motivación de una comprobación de valores, así como de la liquidación resultante. La sentencia impugnada y la sentencia de contraste (132), ambas de la misma Sala y Sección, llegaron a conclusiones diferentes. La primera, ya se ha dicho, optó por la nulidad de pleno derecho sin otorgar nueva oportunidad, mientras que la segunda recogía la jurisprudencia del Supremo y aunque declaraba también la nulidad, por motivación insuficiente, de la comprobación de valores, no anudaba sin más dicho efecto a la liquidación girada y facultaba a retrotraer actuaciones a la Inspección. Así las cosas, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de la Administración a practicar por una sola vez una nueva valoración adecuadamente motivada, señalando que será la fecha de la liquidación que resulte de la nueva comprobación de valores la que deba ser tomada como *dies a quo* del devengo de intereses, porque sólo a partir de entonces existirá una deuda líquida que fuera exigible (133).

4. Ejecución fraudulenta de resoluciones

Tanto si se trata de sentencias judiciales, como de resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, el incumplimiento de sus pronunciamientos mediante actos o disposiciones de la Administración, merece calificarse como *ejecución fraudulenta* y ser condenada a la nulidad de pleno derecho. La LJA así lo prevé en el ámbito judicial (art. 103.4), siendo la vía adecuada, para depurar la infracción administrativa, el *incidente de ejecución* (art. 109) y, en su caso, la reposición de la situación al estado exigido por el fallo y la consiguiente *indemnización de los daños y perjuicios* ocasionados por el incumplimiento (art. 108.2). Del silencio de la normativa tributaria, no cabe extraer distintas consecuencias para la inejecución, contraviniendo los términos en que se ha de producir, de las resoluciones económico-administrativas.

La ejecución fraudulenta suele presentarse formalmente como una actividad en consonancia con el fallo, aunque en sus resultados conduzca justamente a eludir su cumplimiento, que no se lleva a puro y debido efecto (134). En

(132) La sentencia impugnada era la STSJ de Madrid, de 3 de marzo de 2004, mientras que la de contraste fue la STSJ de Madrid, de 5 de noviembre de 2003.

(133) En el voto particular formulado por el Magistrado D. Emilio Frías Ponce se considera que debía de haberse desestimado el recurso para unificación de doctrina, insistiendo, por otro lado, en que «la falta de motivación o motivación insuficiente de una liquidación tributaria no supone un vicio formal que permita retrotraer las actuaciones».

(134) Vid. SSTS de 21 de junio de 2005, 10 de mayo de 2007 y 24 de julio de 2007.

los casos en que pueda determinarse dicha situación, no se debe recargar al contribuyente afectado con el ejercicio de nuevas acciones o recursos que satisfagan completamente los derechos e intereses reconocidos (135), por lo que puede sostenerse que se traslada a la Administración el deber de probar que con sus actuaciones —privadas a partir de ese momento de la presunción de legalidad— no se está persiguiendo la inejecución del fallo. Vayamos, una vez más, al examen de sentencias recientes en las que se aprecia cómo la Administración se ha alejado de los pronunciamientos de ciertas resoluciones económico-administrativas.

Así tenemos, por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 29 de mayo de 2009, en la que se estima el recurso interpuesto contra una Resolución del TEAR de aquella Comunidad y se anulan diversas resoluciones sancionadoras dictadas sin tener nada que ver con la ejecución de esa Resolución que había anulado sin más las liquidaciones que fundamentaban los acuerdos sancionadores previos, así como estos mismos, sobre los que no cabía volver.

Por otra parte, también del mismo Tribunal y en relación a un mismo obligado, pueden citarse las Sentencias del TSJ de Andalucía (Granada) de 13 de julio, 16 y 30 de noviembre de 2009. En los tres casos nos encontramos con actuaciones inspectoras desplegadas en ejecución de otras tantas Resoluciones del TEAR de Andalucía que tienen, también en común, la finalidad de eludir el cumplimiento en los propios términos de tales resoluciones que no ordenaron a la Inspección que procediera a determinar la base de diferentes ejercicios del Impuesto sobre Sociedades mediante *estimación indirecta*, sino que se debía de haber seguido el régimen empleado en las actas anuladas, que era el de estimación directa. La Inspección razonó su elección en el hecho de que el liquidador de la sociedad había incurrido en resistencia por no apreciar los requerimientos de comparecencia que, sin embargo, se demostraron inválidos, porque no respetaron el plazo mínimo reglamentario y se desatendió la petición de desarrollo de las actuaciones en Madrid, donde se situaba el domicilio del liquidador. El resultado alcanzado con la aplicación del régimen de estimación indirecta era más gravoso que el derivado de las actas inicialmente incoadas, por lo que, en prevención de una reforma peyorativa para el interesado, la base de los diferentes ejercicios se fijó en la cuantía de la que había resultado anulada por el TEAR. Para el TSJ no hay una ejecución en sus términos de las resoluciones a través del empleo de la estimación indirecta, por su propio carácter indiciario y subsidiario, incapaz de determinar íntegramente la realidad económica de la entidad investigada, dejando a la misma en el desconocimiento del criterio que la Administración había seguido previamente para cuantificar su base imponible (en estimación directa), así como las razones de

(135) Vid. PONT MESTRES (2006: p. 19), siguiendo a ESPINOSA DE RUEDA JOVER (2004: p. 16).

la inexactitud de sus autoliquidaciones y de las correcciones realizadas por la Inspección, dado que los defectos formales apreciados fueron los que condujeron al órgano económico-administrativo a la anulación de las liquidaciones y a ordenar la retroacción de las actuaciones.

Y llegamos a una Sentencia de la Audiencia Nacional, de 25 de marzo de 2010, que ya citábamos al principio de este trabajo, en la que se ponen de relieve diversos aspectos enfermizos en las actuaciones de los órganos encargados de aplicar los tributos y de los que tienen la función de revisar los actos dictados en la materia (136). Si, como se suele decir, cada palo ha de aguantar su vela, conviene distinguir la censura que la Sala efectúa de la actividad liquidatoria de la Inspección y la anuencia final dada a dicho resultado por el órgano económico-administrativo, aunque ambos tipos de actos, el de ejecución y la última resolución sean contrarios a Derecho. Pero antes, situemos los hechos de todo un interminable proceso, cuya duración ha sido de más de dieciséis años hasta declarar la nulidad de las resoluciones administrativas y la devolución de casi tres millones de euros que habrán de incrementarse en el interés de demora procedente.

Las vicisitudes que integran el relato fáctico pueden sintetizarse así: 1.º) Como resultado de una comprobación se incoaron tres actas de disconformidad por la Oficina Nacional de Inspección, por el Impuesto sobre Sociedades de distintos ejercicios que dieron lugar a los correspondientes acuerdos de *liquidación parcial definitiva* (así bautizados por la ONI). 2.º) El contribuyente impugnó los acuerdos ante el TEAC, dictando éste sendas resoluciones estimatorias de las reclamaciones referidas a dos ejercicios (por prescripción) y reconociendo en otra el derecho a la devolución de 2.899.318,72 euros. 3.º) Esta última resolución suscitó una nueva liquidación dictada por la ONI que venía a apartarse del mandato del TEAC y que modificaba la liquidación primitiva transmutando un acto favorable para la interesada —disminución de la base incluida en la misma— que no había sido objeto de impugnación. 4.º) La sociedad interpuso una nueva reclamación, admitida por el TEAC como incidente de ejecución de la anterior, que también se resolvió en sentido favorable a la actora, ordenando a la Inspección que ejecutase en sus propios términos el fallo. 5.º) La nueva resolución del TEAC, que no presentaba problema interpretativo alguno, dio lugar a otro acto de ejecución de la ONI, del que la Audiencia Nacional señala que «de manera difícil de creer en una Administración que, constitucionalmente, está obligada a servir los intereses generales y, consecuentemente, a someterse a la ley y al Derecho (art. 103 de la CE), dicta por tercera vez un acto administrativo que objetivamente burla las claras y taxativas prescripciones del TEAC». La Sala no ahorra esfuerzos

(136) Vid. MARTÍNEZ LAGO (2011: pp. 127 y ss.).

en censurar la «continua sucesión de torpezas» que se habían dado en tan prolongado proceso, resaltando las contradicciones de un «acuerdo bipolar» de ejecución que presentaba una primera parte autotitulada como «Ejecución Fallo TEAC» y una segunda parte «bajo la insólita denominación de “*práctica de liquidación al margen de la ejecución*” —intitulación que ya es reveladora del propósito albergado por la Inspección de desatender el acuerdo del TEAC cuya ejecución, por dos veces, se le ordenó—. El resultado es que la Inspección termina dictando acuerdo de liquidación en el que elimina el ajuste que el TEAC había ordenado incluir, dando lugar a que la cantidad a devolver sea de cero euros. 6.º) Contra el acuerdo de la ONI se buscó por tercera vez el amparo del TEAC, interponiendo dos reclamaciones económico-administrativas que determinaron la resolución impugnada ante la Audiencia, en la que «de forma incoherente con sus anteriores pronunciamientos, desestima la pretensión... y confirma el acto de ejecución impugnado».

La Sala considera que estos hechos son reveladores, sin necesidad de profundizar mucho, de que «la liquidación final practicada es contraria a Derecho y que igualmente lo es la última resolución del TEAC que, negándose a sí mismo, podría decirse, claudica finalmente ante la persistencia del órgano inspector a mantener *a fortiori* unos términos de la liquidación más acordes con sus propios intereses como organización recaudatoria que como institución al servicio de los ciudadanos». Donde el TEAC percibía una aparente contradicción, la Sala afirma de manera mucho más resuelta que «estamos ante una decisión que no es aparente, sino real y abiertamente contradictoria con los términos declarativos de la resolución de aquel órgano... [de la que] se aparta deliberadamente de su mandato, entrañando materialmente un efecto notoriamente perjudicial para la recurrente, a la que se le niega por tercera vez un derecho no sólo reconocido en una liquidación que era firme, sino ratificado por dos veces por el TEAC». Como conclusión de la actuación inspectora llevada a cabo al margen del sentido del fallo, la Sala deduce que la ONI ha incurrido en desviación de poder, dando lugar a una decisión administrativa arbitraria que vulnera lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, para lo cual ha contado con la colaboración necesaria del TEAC que abdicó de sus responsabilidades, todo lo cual determina méritos suficientes de una especial condena en costas a la Administración, por haber actuado con temeridad, provocando innecesariamente el proceso, que podría haber sido evitado si la Inspección no hubiera forzado artificialmente la existencia de un acto de flagrante resistencia al cumplimiento de lo ordenado por el órgano económico-administrativo.

5. Ejecución de resoluciones sancionadoras

Para terminar esta exposición, conviene volver a traer algunos temas para observarlos desde la perspectiva de su incidencia en el Derecho Sancionador Tributario.

A) La invalidez de los actos de imposición de sanciones y la cuestión de los vicios de forma en este ámbito

En esta sede, doctrina y jurisprudencia han resaltado que no es dable la *desconsideración por las formas* que se observa, con carácter general, en el Derecho Administrativo y en el ámbito de las actuaciones de aplicación de los tributos (137). La relevancia y necesaria regularidad del procedimiento se presenta de modo diferenciado al incidir sobre la capacidad de sanción de la Administración tributaria (138), dada la preeminente protección que la Constitución brinda al derecho fundamental a la legalidad sancionadora y a un procedimiento punitivo con todas las garantías. De esta manera, la lesión de tales derechos, amparados constitucionalmente, al igual que si las sanciones fueron dictadas por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y territorio, o si se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento sancionador legalmente establecido, ocasionarán la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sancionadores; determinando su mera anulabilidad la infracción de trámites no esenciales para la formación de la decisión punitiva, al igual que los defectos de forma que trasciendan de meras irregularidades no invalidantes por ocasionar indefensión de los interesados.

Ya se ha visto que, en la jurisprudencia, la falta de motivación viene presentándose como una especie de *tertium genus* entre los requisitos de fondo de los actos y los defectos de forma (139). Sin embargo, en el procedimiento sancionador, se revela como una causa de nulidad absoluta (140) por exigencias del principio de culpabilidad (141) y del derecho a la defensa.

Así se ha razonado en diversas sentencias que consideran que comporta un vicio de nulidad radical la imposición de una sanción sin otorgar una oportunidad real de defensa (STSJ de Madrid, de 21 de febrero de 2005), por lo que se estaría imponiendo de plano aquella o, incluso, cuando no constan en

(137) Vid. ALMUDÍ CID (2010: pp. 1047 y ss.).

(138) Vid., por ejemplo, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 14 de marzo de 2007.

(139) *Ibidem*.

(140) Vid. ALONSO MAS (2003: p. 209); también ALMUDÍ CID (2010: p. 1052); SANZ CLAVIJO (2010: p. 152).

(141) Vid. STSJ de Madrid, de 26 de mayo de 2008.

el expediente notificación alguna de los trámites del procedimiento, como el preceptivo de audiencia, a salvo de la propia resolución sancionadora (STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de abril de 2005) (142).

El propio Tribunal Constitucional se ha referido al hecho de que el proceso contencioso-administrativo —y el argumento vale, desde luego, también para la vía de revisión económico-administrativa—, que no es un *contencioso-sancionador* de donde resulte que los jueces sean quienes impongan las sanciones —tarea ésta que incumbe a la Administración en virtud de la potestad que tiene reconocida—, no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por los órganos sancionadores (STC 59/2004, de 19 de abril).

B) Retroacción de actuaciones, ‘bis in idem’ procesal y ‘reformatio in peius’

Ligado al tema de los vicios de forma está, como ya sabemos, el de la retroacción de las actuaciones que, si en la generalidad de los casos, puede entrañar un debilitamiento en la posición del contribuyente, en los casos en que se haya estimado su pretensión contra un acto sancionador, esa reposición provoca efectos más graves. En efecto, si hay un ámbito donde se hace urgente revisar la automática *entrada en escena* de esa retroacción por defectos formales es en materia sancionadora, porque va en contra de derechos constitucionales que la Administración pueda disponer de varias oportunidades para acertar en el castigo, sólo limitadas por la prescripción (143).

Ni un cuádruple, triple, ni doble enjuiciamiento es compatible con los principios procesales penales que han de informar el procedimiento sancionador tributario, beneficiando exclusivamente la torpeza de la Administración y empeorando la posición de quien defiende sus derechos.

En la jurisprudencia reciente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2009 ha declarado improcedente ordenar de manera imperativa —como había hecho el TEAC— que se dicte otro acto sancionador en que se cumpla con el requisito de motivación apreciado. Con anterioridad a este fallo, también la Audiencia estimó las pretensiones de otro recurrente, deduciendo que concurría una interpretación razonable de la norma, excluyendo la culpabilidad. El pronunciamiento judicial sobrevino a la resolución del incidente de ejecución formulado contra la Resolución del TEAC impugnada y que había ordenado anular el acuerdo sancionador y reducir la multa impuesta. De esta

(142) También vid. STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de julio de 2004.

(143) Vid. MARTÍN QUERALT (2010b: p. 9).

manera, no le queda otro remedio al TEAC que declarar, en Resolución de 10 de febrero de 2009, que no cabe que la Inspección dicte actos de ejecución de su Resolución inicial, siendo lo procedente ejecutar la Sentencia de la Audiencia Nacional.

Dejando al margen otros supuestos en que el ejercicio del derecho a recurrir contra los actos de aplicación de los tributos determina un empeoramiento de la situación del contribuyente (144), en la esfera sancionadora suelen darse los pronunciamientos que aprecian la confluencia de dos conculcaciones: una al principio de prohibición de la *reformatio in peius* y otra al principio del *non bis in idem*.

Por ejemplo, el TSJ de Andalucía (Granada), en Sentencia de 3 de noviembre de 2008, estimó el recurso interpuesto contra una Resolución del TEAR y anuló las sanciones giradas en dos expedientes tras la anulación de uno previo por los mismos hechos. Concretamente, la Administración había dejado sin efecto la liquidación de una sanción porque se había apreciado un error de coordinación entre el instructor del expediente y la persona encargada de su gestión informática. La Sala deduce que la anulación efectuada implicaba un pronunciamiento propio de declaración de inexistencia de responsabilidad por infracciones, luego no cabía abrir dos nuevos expedientes sancionadores por los mismos hechos.

El mismo TSJ de Andalucía (Málaga), en Sentencia de 29 de julio de 2009, anula el acuerdo sancionador de la Inspección al haber actuado ésta de forma paralela al Juez de lo Penal; lo cual representa una vulneración del principio del *non bis in idem* en su vertiente procedimental, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores cuando se de una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento y que hace preferente o precedente a la autoridad judicial penal sobre la Administración. Tras el repaso de la doctrina del Tribunal Constitucional (145), la Sala identifica el procedimiento sancionador tributario como uno de aquellos que, por su complejidad y magnitud, puede conducir a la limitación del doble proceso favorecedora de la preeminencia investigadora jurisdiccional sobre la administrativa. Después deduce el papel

(144) Por ejemplo, vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de abril de 1995; 19 de julio de 1995; 5 de enero de 1996; 1 de octubre de 1996; 5 de febrero de 2000; 30 de abril de 2001 y 14 de julio de 2004 —citadas por BOSCH CHOLBI (2010a: p. 334)—. También vid. RRTEAC de 27 de febrero de 2008 y 26 de marzo de 2009; STSJ de Extremadura, de 25 de septiembre de 2008; STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2009; STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 21 de abril de 2009; SSAN de 27 de septiembre de 2001 y de 21 de septiembre de 2009.

(145) Entre otras, vid. SSTC 2/2003, de 16 de enero; 229/2003, de 18 de diciembre; 334/2005, de 20 de diciembre; 48/2007, de 12 de marzo y 92/2007, de 17 de abril. También vid. SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso «Franz Fischer contra Austria», y de 6 de junio de 2002, en el asunto «Sallen contra Austria».

subordinado y de colaboración con la jurisdicción penal, de la Inspección de los tributos, que tiene que someterse a las instrucciones que sobre la investigación, alcance y orientación de la misma haga el Ministerio Fiscal o el propio órgano judicial, sin que pueda autónomamente proseguir con el procedimiento de comprobación e investigación del contribuyente. La vulneración del principio del *non bis in idem* procedimental venía dada porque en el caso de autos, la Inspección obtuvo datos y realizó actuaciones que no estaban dirigidas por el juez de instrucción. Precisamente, cuando este permiso se obtuvo, aquella llevaba casi un año investigando independientemente de la instrucción penal. Así que todo lo actuado sin cobertura legal carece de validez para imponer una sanción que, de haber operado con normalidad, tendría que haber sido impuesta en base a los hechos probados por la jurisdicción penal.

También la Audiencia Nacional, en Sentencia de 27 de mayo de 2009, ha traído a colación el *bis in idem* procesal en relación a una resolución económico-administrativa que ordenó retrotraer las actuaciones con el fin de practicar una nueva liquidación por sanciones, estableciendo con claridad el principio contrario a dicha práctica porque el administrado tiene derecho a no soportar dos procedimientos sancionadores por el mismo hecho (146).

Coetánea con los anteriores pronunciamientos es la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de junio de 2009, en el caso «*Ruotsalainen contra Finlandia*», considerando infringido el artículo 4 del Protocolo 7.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales si se impone una segunda sanción tributaria por la Administración después de una sanción penal por los mismos hechos. De la doctrina sentada en dicha Sentencia se ha inferido la incompatibilidad de iniciar o continuar un procedimiento sancionador con posterioridad a la absolución o sobreseimiento libre en un proceso penal por los mismos hechos, lo cual afectaría a nuestra solución legal (art. 180.1 LGT) y sólo permitiría reanudar actuaciones sancionadoras en los casos en que el expediente se devolviera por el Ministerio Fiscal a la Administración (147).

(146) Entendiendo que la dimensión procedimental del principio del *non bis in idem* no impide la heterogeneidad de cauces, por lo que terminado un proceso penal que concluye que no se ha producido una infracción de dicha clase, nada obstaría a la apertura de un procedimiento destinado a averiguar si ha habido un incumplimiento reprehensible con sanciones administrativas, vid. STS de 22 de marzo de 2010.

(147) Vid. RUIZ ZAPATERO (2009: p. 51), quien señala que como consecuencia de la STEDH de 19 de junio de 2009 no cabe una sanción tributaria posterior por la circunstancia de que el tribunal penal no hubiera apreciado el dolo o cualquier otro elemento típico constitutivo de la defraudación penal. Si la conducta enjuiciada es la misma y ambas sanciones satisfacen el criterio «Engel», la diferente calificación legal de las infracciones no puede justificar, según el TEDH, ni un segundo enjuiciamiento ni una sanción después de una absolución o sobreseimiento libres por la misma conducta.

Específicamente sobre la prohibición de que se produzca un empeoramiento en la situación jurídica del recurrente, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de mayo de 2010, estima el recurso interpuesto contra una Resolución del TEAC que anuló la liquidación inicial y ordenó la retroacción de actuaciones. El acto de ejecución dictado resultó más perjudicial para el interesado no sólo en su aspecto cuantitativo, sino también y sobre todo por la alteración sustancial que sufrió el concepto de la deuda exigida, que pasó de ser un recargo por declaración extemporánea a una sanción tributaria.

C) Anulación de la liquidación y pérdida de reducciones de la sanción

Sólo un apunte más en relación con la materia sancionadora y que afecta a las reducciones por conformidad y pronto pago (art. 188.3 LGT) para los casos en que se anulen las liquidaciones o sanciones previamente impuestas (148). Frente al rechazo que los órganos económico-administrativos hacen de la posibilidad de disfrutar de la reducción de las sanciones por conformidad a la liquidación cuando ésta ha sido objeto de anulación (149), los tribunales de lo contencioso parece que van flexibilizando esa doctrina.

Así, cabe traer a colación las Sentencias del TSJ de Madrid, de 29 de octubre de 2008 y del TSJ de Andalucía, de 12 de marzo de 2009. En esta última se afirma que la «disconformidad inicial, cuando la primera liquidación es anulada, no puede considerarse como impeditiva de prestar acuerdo respecto a la que se gire en sustitución de la declarada nula», obteniendo de ese modo el beneficio que derivaría de la conformidad prestada a las liquidaciones sustitutivas de las anuladas judicialmente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AEDAF [s/f]: *Problemas derivados de la ejecución de sentencias firmes*.

ALMUDÍ CID, José Manuel (2010): «Los vicios formales de las sanciones tributarias: efectos procedimentales», dentro de la obra colectiva: *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Navarra, Tomo II, pp. 1039-1063.

ALONSO MÁS, María José (2003): «La ejecución de las sentencias anulatorias de actos administrativos por falta de motivación (Comentario a la STC 83/2001, de 26 de marzo)», *Revista de Administración Pública*, n.º 160, pp. 203-234.

(148) Vid. ALMUDÍ CID (2010: p. 1060); también CAYÓN GALIARDO (2010: pp. 10 y ss.).

(149) Por ejemplo, vid. la RTEAC de 12 de julio de 2006. Téngase en cuenta también la STS de 5 de marzo de 2004.

- BAEZA DÍAZ-PORTALES, Manuel José (2010a): «Consideraciones sobre la posibilidad de reiteración de actos administrativos anulados judicialmente y los intereses de demora tributarios», dentro de la obra colectiva: *V Congreso tributario: cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 255-282 (trabajo que ha sido publicado con el título «Consideraciones sobre la posibilidad de reiteración de actos tributarios anulados judicialmente y la correlativa exigencia de intereses de demora», *Tribuna Fiscal*, n.º 233, 2010, pp. 12-20).
- (2010b): «Imposibilidad de reiteración de actos tributarios anulados judicialmente, cualquiera que haya sido el tipo de vicio determinante de la anulación (STSJCV 693/10, de 17 de junio)», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 90, pp. 23-34.
- BARCELONA LLOP, Javier (1992): «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas», *Revista de Administración Pública*, n.º 127, pp. 171-210.
- (1995): *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander.
- BOSCH CHOLBI, José Luis (2010a): «Los efectos de la invalidez de la liquidación tributaria por vicio de nulidad de pleno derecho o anulabilidad», dentro de la obra colectiva: *V Congreso tributario: cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad*, ya cit., pp. 283-347 (trabajo que ha sido publicado con el título «Los efectos de la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de una liquidación tributaria: el replanteamiento de un 'mito jurídico' y el papel de los Tribunales Económico-Administrativos», en *Tribuna Fiscal*, n.º 233, 2010, pp. 21-38).
- (2010b): «Sobre la ejecución de una Sentencia que anula un valor catastral y la retroacción de efectos», *Tribuna Fiscal*, n.º 237, pp. 8-12.
 - (2010c): «Sobre la imposibilidad judicial de ordenar la retroacción de actuaciones cuando se anula un acto tributario: ¿el inicio del fin de una polémica?», *Tribuna Fiscal*, n.º 238-239, pp. 23-28.
- CAAMAÑO ANIDO, Miguel Ángel (2010): «Reseña de actualidad fiscal», *Balance Mercantil y Empresarial*, Revista de los Ilustres Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles y Empresariales de Galicia, n.º 64, pp. 10-19.
- CAYÓN GALIARDO, Antonio (2009): «Modificaciones previstas en los procedimientos de aplicación de los tributos», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86, pp. 9-18.
- (2010): «La reducción de las sanciones por conformidad: su pérdida por la posterior impugnación de la liquidación», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 88, , pp. 9-20.

- (2011): «Nuevas cuestiones sobre la posibilidad de actuaciones administrativas posteriores a la anulación de un acto», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 92, pp. 9-26.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2001): Informe Anual 1999 y debates en las Cortes Generales, tomo I, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid.
- DE LA TORRE DÍAZ, Francisco (2010a): «La jurisprudencia y las cuestiones procedimentales en el IVA», *Actum Fiscal*, n.º 44, consultado a través de la base de datos Nautis Fiscal de la Editorial Francis Lefebvre.
- (2010b): «Novedades sobre las cuestiones procedimentales en el IVA: la Resolución 1/2010 de Unificación de Doctrina», *Actum Fiscal*, n.º 46, consultado a través de la base de datos Nautis Fiscal de la Editorial Francis Lefebvre.
- DE TORRES ROMO, Fernando (2006): «Ejecución de resoluciones administrativas y judiciales», dentro de la obra colectiva: *Revisión e impugnación de actuaciones tributarias*, Vol. 3.º, Bosch, Barcelona.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto (2007): «Sobre la ejecución de resoluciones en materia tributaria», *Quincena Fiscal*, n.º 7, pp. 9-15.
- ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano (2004): «Ejecución de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 9, que puede consultarse en Westlaw.es (referencia: BIB 1999\1426).
- FALCÓN Y TELLA, Ramón (2004): «La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria», *Quincena Fiscal*, n.º 5, pp. 5-8.
- (2007a): «El art. 150.5 LGT: la prescripción en los supuestos de retroacción de actuaciones», *Quincena Fiscal*, n.º 15-16, pp. 5-8.
- (2007b): «Los incidentes de ejecución en el nuevo Reglamento de Revisión: la procedencia de reclamación cuando se planteen cuestiones nuevas», *Quincena Fiscal*, n.º 20, pp. 5-8.
- (2008): «La improcedencia de intereses, en los supuestos de liquidación administrativa, cuando la liquidación inicial se anula: una interpretación del art. 26.5 de la nueva Ley General Tributaria», *Quincena Fiscal*, n.º 3, pp. 5-8.
- (2010a): «El nuevo apartado 8 del art. 197 del Reglamento de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección: un manifiesto intento de vaciar de contenido el plazo máximo aplicable en la retroacción de actuaciones inspectoras», *Quincena Fiscal*, n.º 6, pp. 7-11.
- (2010b): «La invalidez de las liquidaciones de IVA referidas al año completo (Res. TEAC 29 junio 2010) y sus consecuencias», *Quincena Fiscal*, n.º 17, pp. 7-11.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1967): «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *Revista de Administración Pública*, n.º 53, pp. 277-302.
- (1969): «Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 58, pp. 49-126.
 - (1992): «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 76, pp. 511-532.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1980): *Curso de Derecho Administrativo*, tomo, Civitas, Madrid.
- IBAÑEZ BRILLAS, Pedro (2011): «Tiro único o retroacción de actuaciones», *Crónica Tributaria-Boletín de Actualidad*, n.º 4, pp. 17-21.
- JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés (2001): «Dos aproximaciones a los Tribunales Económico-Administrativos y un apunte sobre la prescripción», *Quincena Fiscal*, n.º 10, consultado en la base de datos Westlaw.es (Referencia: BIB 2001\645).
- JUAN LOZANO, Ana María (2010): «Algunos interrogantes respecto a la identidad del procedimiento de inspección: cuestiones funcionales, temporales y estructurales», dentro de la obra colectiva: *V Congreso tributario: cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad*, ya cit., pp. 141-190.
- MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto (2001): «Los límites a la facultad de dictar actos de comprobación de valores de forma reiterada», *Revista de Contabilidad y Tributación del CEF*, n.º 216, pp. 21-64.
- MARTÍN LÓPEZ, Jorge (2010): «Revisión de actos tributarios nulos y supletoriedad del Derecho Administrativo», *Quincena Fiscal*, n.º 15, consultado en Westlaw.es (referencia: BIB 2010\1509).
- MARTÍN QUERALT, Juan (2005): «Pleitos tengas, y los ganes..., o tampoco. (El reinicio o la retroacción de actuaciones tras resolución o sentencia favorable que anula una liquidación tributaria)», *Tribuna Fiscal*, n.º 180, pp. 4-7.
- (2010a): «Carta del Director», *Tribuna Fiscal*, n.º 233, p. 1.
 - (2010b): «El automatismo del ordenamiento tributario», *Tribuna Fiscal*, n.º 233, pp. 4-11.
- MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso (2008): «La ejecución de las resoluciones administrativas en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 140, pp. 801-853.
- MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel (2011): «Ejecución patológica de resoluciones por la Inspección de los tributos», *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, pp. 127-132.

- MURILLO RUIZ, Daniel (2006): «Capítulo 12. Ejecución de Resoluciones», dentro de la obra colectiva: *Revisión de actos tributarios (Homenaje a M.ª de los Ángeles Cascajero Sánchez)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, pp. 399-431.
- NAVARRO SANCHÍS, Francisco José (2010): «El TEAC mata un poco al padre», *Negocio*, de 23 de septiembre de 2010, p. 23.
- PÉREZ ALONSO, Jorge (2010): «Los inevitables agujeros negros y grises del Derecho Administrativo», *Lex Nova la revista*, n.º 60, pp. 30-32.
- PONT MESTRES, Magín (2006): «Acerca de la supresión de la perentoriedad en los incidentes de ejecución de resoluciones económico-administrativas y su impacto en la seguridad jurídica», *Quincena Fiscal*, n.º 20, pp. 9-23.
- RODRIGO LAVILLA, Jesús (2009): «Ejecución de sentencias», *Diario La Ley*, n.º 7153, consultado en la base de datos de La Ley, referencia: 11417/2009.
- RUIZ RISUEÑO, Francisco (2004): *El proceso contencioso-administrativo*, 5.º ed., Colex, Madrid.
- RUIZ TOLEDANO, José Ignacio (2006): *El nuevo régimen de revisión tributaria comentado*, La Ley, Madrid, consultado en la base de datos de La Ley.
- (2009): «La ejecución de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 87, pp. 79-106.
- RUIZ ZAPATERO, Guillermo (2009): «El TEDH y el ‘bis in idem’ en el ámbito tributario (‘Ruotsalainen v. Finlandia’)», *Quincena Fiscal*, n.º 22, pp. 37-53.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, Andrés (2006): *Revisión administrativa en vía tributaria: Recursos y reclamaciones con jurisprudencia y ejemplos*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.
- SANZ CLAVIJO, Alfonso (2010): «El trámite de audiencia previa (y otras garantías de contradicción) en los procedimientos tributarios: las consecuencias jurídicas de su omisión», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 89, pp. 95-155.
- SOLER ROCH, María Teresa (2009): «La ejecución de resoluciones: autonomía v. continuidad», en el *Seminario sobre La ejecución de resoluciones y sentencias en el ámbito tributario*, organizado por el Consejo para la Defensa del Contribuyente y el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, accesible por Internet en: http://www.ief.es/investigacion/Recursos/Seminarios/DchoFinanciero/2009_29EneSoler.pdf.
- VEGA BORREGO, Félix (2008): *La ejecución de actos resolutorios en los procedimientos tributarios de revisión*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.

VILLAVERDE GÓMEZ, María Begoña (2002): «Límites a la reiteración de comprobaciones de valores de la Administración: Abuso de Derecho», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, consultado en Westlaw.es (referencia: BIB 2002\1305).

EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO SUPRAMUNICIPAL EN ARAGÓN: DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS PROVINCIALES A LA DIRECTRIZ DE URBANISMO(*) (**)

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA SUPRAMUNICIPAL EN LA LEGISLACIÓN SUPLETORIA DEL ESTADO: 1. Las normas subsidiarias provinciales en la Ley del Suelo de 1956. 2. Las normas subsidiarias en la Ley de reforma de 1975 y en el TRLS de 1976. 3. Referencia a las Normas subsidiarias provinciales en el TRLS de 1992.– III. EVOLUCIÓN LAS NORMAS SUBSIDIARIAS PROVINCIALES EN ARAGÓN Y SU REGULACIÓN Y LA DE OTROS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS SUPRAMUNICIPALES EN LA LEGISLACIÓN ARAGONESA: 1. Las Normas subsidiarias provinciales en Aragón durante la aplicación directa de la legislación estatal. 2. Las Normas subsidiarias durante la vigencia de la Ley 5/1999. 3. Normas subsidiarias y otros instrumentos de planeamiento urbanístico supramunicipal bajo la vigencia de la Ley 3/2009: A) Las normas subsidiarias provinciales en la legislación aragonesa vigente B) Otros instrumentos de ordenación supramunicipal.– IV. UN INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO CON FUNCIONES URBANÍSTICAS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA COMPARADA: LA SUSTITUCIÓN DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS PROVINCIALES POR LAS DIRECTRICES SUBREGIONALES DE LA LEGISLACIÓN DE CASTILLA Y LEÓN: 1. La integración de los contenidos propios de las Normas subsidiarias de planeamiento de ámbito provincial en los instrumentos de ordenación del territorio. 2. Naturaleza territorial o urbanística: una cierta vuelta atrás en la reforma de 2008. 3. Conclusiones.– V. UN INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA SUPRALOCAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA COMPARADA: LAS «NORMATIVAS DIRECTORAS PARA LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA» DE LA LEGISLACIÓN ANDALUZA: 1. Antecedentes y tramitación parlamentaria. 2. Régimen jurídico. 3. Normativas directoras y planes de ordenación del territorio. 4. Conclusiones.– VI. RÉGIMEN LEGAL DE LA DIRECTRIZ ESPECIAL DE URBANISMO ARAGONESA: 1. Caracterización general. 2. El establecimiento de un marco normativo subsidiario. 3. El marco normativo de referencia: A) La cooperación entre directriz de urbanismo y norma técnica de planeamiento: los criterios de «calidad urbanística». B) La modulación de la determinaciones. 4. Funciones adicionales de la Directriz en los municipios acogidos al régimen urbanístico simplificado. 5. La Directriz de urbanismo como directriz de ordena-

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 26 de abril de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 12 de mayo de 2011.

(**) Este artículo ha sido elaborado como trabajo preparatorio de la redacción de la Directriz de urbanismo de Aragón. Agradezco la colaboración de Víctor Escartín Escudé en la búsqueda de datos y a Juan Antonio Carrillo Donaire por proporcionarme su trabajo inédito citado.

ción del territorio: A) Los contenidos reservados en la Ley de Urbanismo a las directrices del ordenación del territorio. B) La peculiar estructura normativa de los instrumentos de ordenación del territorio. Referencia a los ordenamientos alemán e italiano.– VII. CONCLUSIONES GENERALES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: La necesidad de un planeamiento urbanístico supramunicipal que supla la inexistencia de planeamiento municipal o que lo encuadre y complemente cuando exista quedaba cubierto en el sistema del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y el Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 1978 por las Normas subsidiarias provinciales. A partir de ese precedente, las comunidades autónomas han ido articulando sus propias figuras de planeamiento supramunicipal, con una tendencia a encomendar esa función a los planes de ordenación del territorio —como en Andalucía— o a crear instrumentos mixtos, como en Castilla y León o como es el caso de la Directriz de urbanismo aragonesa.

Palabras clave: urbanismo; planeamiento supramunicipal; directriz de urbanismo; normas subsidiarias; normativas directoras para la ordenación urbanística; directrices subregionales de ordenación del territorio.

ABSTRACT: *The need for a supra-municipal urban planning that mitigates the lack of municipal planning or framework and complement it where there was covered, is covered in the system of the Land Law of 1976 and the Town Planning Regulations of 1978 by the «provincial subsidiaries standards». Based on that precedent, the Spanish Regions or «Comunidades Autónomas» have been articulating their own supra-municipal planning figures, with a tendency to assign that function to the spatial plans, as in Andalusia, or to create mixed instruments, as in Castile-Leon or as the case of Aragon «urban planning guideline».*

Key words: urbanism; urban supra-municipal planning; «urban design guideline»; subsidiaries standards; directors standards for urban planning; guidelines for sub regional planning.

I. INTRODUCCIÓN

En la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, se prevé un nuevo instrumento de planificación urbanística, la Directriz Especial de Urbanismo, regulada en los art. 82 a 85, que debería abarcar el conjunto del territorio aragonés. En gran medida, el nuevo instrumento se configura como un elemento para paliar las consecuencias del minifundismo municipal, aunque también deberá incorporar opciones autonómicas sobre la ordenación urbanística del territorio.

Aparte del estudio sistemático de la Ley 3/2009, se ha recurrido a los métodos histórico y comparado. En efecto, en el estudio del régimen jurídico

al que deberá sujetarse la Directriz Especial de Urbanismo, aparte de estudiar el texto de la Ley de Urbanismo, y sus antecedentes parlamentarios, se ha acudido al estudio de los precedentes normativos, que son fundamentalmente de dos tipos.

Primero, la regulación de las Normas subsidiarias provinciales en la legislación estatal supone un claro precedente de ordenación urbanística supramunicipal y, segundo, el estudio del Derecho autonómico comparado, en el que han proliferado los instrumentos urbanísticos supramunicipales, más o menos imbricados con los planes de ordenación del territorio.

El eje fundamental de estudio de las Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento municipal de ámbito provincial —o Normas subsidiarias provinciales, por sintetizar— se centra en el régimen establecido en el TRLS de 1976 (Texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 abril) y, sobre todo, en el Reglamento de Planeamiento o RPU (aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 junio). La razón es doble: primero, las normas subsidiarias provinciales vigentes en las tres provincias aragonesas se aprobaron conforme a esa normativa; segundo, las funciones tanto de suplir la carencia de plan general en determinados municipios, como la de facilitar la elaboración y aprobación de planes generales ya estaban presentes en gran medida en esa regulación.

No obstante, el estudio de las Normas subsidiarias durante la vigencia de la Ley del Suelo de 1956 también tiene utilidad y, entre otras cosas, muestra como las Normas subsidiarias comarcales precedieron a las de ámbito provincial, incluso en Aragón, en que Zaragoza contó con unas Normas comarcales varios años antes de que se aprobasen las Normas subsidiarias provinciales de Huesca y bastantes años antes de que se aprobasen las de la provincia de Zaragoza.

En cuanto al Derecho autonómico comparado, el estudio se ha centrado en dos modelos: las «Normas subregionales de ordenación del territorio» de Castilla y León, que incorporan ordenación claramente urbanística y tienen el efecto de desplazar a las Normas subsidiarias provinciales, habiéndose aprobado ya diversos instrumentos de este tipo; y las «Normativas Directoras de Ordenación Urbanística» de Andalucía, cuya regulación presente numerosas coincidencias, incluso literales, con la contenida en la aragonesa Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo, aunque son instrumentos únicamente urbanísticos, no se han llegado a materializar y en la práctica han sido desplazadas en sus funciones por los planes de ordenación del territorio.

En resumen, con este estudio se pretende no sólo afinar en la interpretación de la Ley aragonesa, sino también establecer las diferencias de régimen con otros instrumentos urbanísticos o de ordenación del territorio aplicables en

Aragón o en otras comunidades autónomas y, en consecuencia, determinar su lugar y funciones específicas en la ordenación del territorio y el urbanismo.

II. LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA SUPRAMUNICIPAL EN LA LEGISLACIÓN SUPLETORIA DEL ESTADO

Como es sabido, el TRLS de 1976, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 abril, y sus reglamentos de desarrollo, entre ellos especialmente importante a nuestros efectos, el Reglamento de Planeamiento o RPU, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 junio, tienen el carácter de legislación subsidiaria y, como tal, son normas vigentes en todo el territorio nacional. No obstante, en la Comunidad Autónoma de Aragón tales normas han sido desplazadas por el legislador, sin que quepa defender su aplicación ni siquiera en los supuestos no previstos en el ordenamiento aragonés, como podría ser la posibilidad de aprobar normas subsidiarias de planeamiento urbanístico ante situaciones extraordinarias, como la suspensión o anulación de un plan urbanístico (1). En este sentido, es un claro indicio de la voluntad del legislador aragonés de desplazar completamente la legislación urbanística estatal en materia de planeamiento, no únicamente de normas subsidiarias, que en la Ley 3/2009, disposición final cuarta, no se haya considerado aplicable ningún precepto del RPU, a diferencia de lo que se hacía en la Ley 5/1999, disposición final primera, c).

En consecuencia, la utilidad de estudiar el régimen de las Normas subsidiarias provinciales en la legislación estatal no reside en la posibilidad de utilizar su regulación para colmar las lagunas del régimen jurídico de la Directriz de Urbanismo, sino porque permite aprovechar una larga experiencia aplicativa y también para mostrar el régimen al que responden las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento actualmente vigentes en las provincias aragonesas (conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 5/1999, en un primer momento, y a la disposición transitoria primera de la Ley 3/2009, en el momento presente) y que constituyen la base lógica de la que partir para elaborar un futuro proyecto de Directriz de Urbanismo.

1. Las normas subsidiarias provinciales en la Ley del Suelo de 1956

Como tantas otras instituciones del Derecho urbanístico español, las Normas subsidiarias provinciales tienen su origen en la Ley del Suelo de 12 de

(1) En contra, defendiendo su aplicabilidad, aunque sin referencia específica a la legislación aragonesa, MENÉNDEZ REXACH, 2001, 9-17.

mayo de 1956, aunque en este caso la práctica administrativa, refrendada por los tribunales contencioso-administrativos, tuviese una importancia decisiva en su conformación.

El capítulo cuarto del título primero de la Ley de 12 de mayo de 1956 llevaba por título «Normas de ordenación complementarias y subsidiarias del planeamiento», lo que no constituía una única figura, como veremos, y a las que dedicaban formalmente los artículos 57 a 60, aunque realmente lo que se contenía en los artículos 59 y 60 eran normas legales de aplicación directa, aplicables sin necesidad de planeamiento o incluso, en algunos casos, susceptibles de ser desplazadas por el planeamiento, pero no un instrumento de ordenación sustitutivo o subsidiario respecto a las figuras contenidas en el propio texto legal. Lo que restaba —es decir, los artículos 57 y 58— estaba referido a los dos aspectos o dos vertientes de la subsidiariedad que caracterizaría durante mucho tiempo a determinados instrumentos de planeamiento específicos.

Primero, la subsidiariedad que podría denominarse «sustantiva», respecto al instrumento en sí: las denominadas en la Ley como «Normas de ordenación complementarias y subsidiarias del planeamiento» se aplicarían en toda su extensión «en las poblaciones donde no existiere Plan de ordenación urbana debidamente aprobado», mientras que en las que sí contasen con planeamiento se aplicarían parcialmente, «para regular aspectos no previstos en el plan de ordenación» (art. 58), es decir, con un efecto complementario que, en estricta técnica jurídica, es también subsidiario o supletorio. Esto se traducía en la posibilidad de aplicación, como instrumento supletorio, aún existiendo planeamiento municipal, siempre que no se hubiesen aprobado los planes parciales o que existiesen lagunas por cualquier otro motivo en las previsiones del plan que pudiesen ser colmadas por medio de las normas subsidiarias, pero únicamente en tales casos (2).

Segundo, la subsidiariedad «formal», especialmente importante para el planeamiento municipal: la posibilidad otorgada al ministro competente en materia de urbanismo para sustituir al planificador ordinario y aprobar normas subsidiarias para los ámbitos sin planeamiento, a propuesta del Consejo Nacional de Urbanismo (art. 57.1). Aunque esa formulación podía hacer pensar en normas subsidiarias de ámbito municipal, a continuación en la propia Ley se hacía una referencia explícita a las normas subsidiarias de ámbito provincial (art. 57.2):

«Las Comisiones provinciales de Urbanismo podrán también proponer normas de igual carácter para la *provincia o lugares determinados*».

(2) RODRÍGUEZ MORO, 1977, 637.

En el articulado de la Ley del Suelo de 1956 no se establecía expresamente a qué ámbitos —o respecto a qué concretos instrumentos de ordenación urbanística de los contemplados en la Ley— podían referirse los instrumentos subsidiarios, aunque sí aparecía la referencia expresa en el Preámbulo de la norma, II, afirmando lo siguiente

«se estima, finalmente, la posibilidad de dictar Normas Complementarias y Subsidiarias del planeamiento con ámbito nacional, provincial o local».

Resulta un tanto extraña la referencia al «ámbito nacional», pero en todo caso ni siquiera se llegó a hacer ningún intento en ese sentido. Sí surgirían dos figuras que irían adquiriendo sustantividad propia: las «Normas subsidiarias de planeamiento de ámbito municipal» (3) y las «Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento provinciales» (4), aunque no serían las únicas.

En todo caso las normas subsidiarias de todo ámbito se sujetaban a los «límites» legales establecidos para los planes de urbanismo (art. 57.3). Es decir, que se les aplicaba, con algunas excepciones, el régimen jurídico propio del instrumento de ordenación urbanística cuyo lugar venían a ocupar. En el caso de las normas subsidiarias de ámbito provincial, el instrumento cuyo lugar estaban llamadas a ocupar era el entonces legalmente previsto «plan provincial», que aparecía aludido en diversos preceptos a lo largo del texto legal, entre los que hay que destacar el art. 8 de la Ley. Curiosamente, los planes provinciales ya tenían de forma originaria, en su propia concepción legal, un cierto componente de subsidiariedad respecto al planeamiento municipal, como puede apreciarse en el artículo citado, en el que se establecían las determinaciones que deberían contener los planes provinciales, entre las que hay que destacar las «normas urbanísticas» relativas comunicaciones, patrimonio natural y cultural, y, finalmente, normas de edificación aplicables a los terrenos *respecto a los cuáles no existiera otro instrumento de planeamiento aplicable*:

«Los Planes provinciales comprenderán:

- a) Estudio informativo de la situación urbanística de la provincia;
- b) Memoria que defina los principios y propósitos del Plan;
- c) Ordenación de la estructura urbanística de la provincia;
- d) Coordinación del Plan provincial con los Planes generales de la capital y de las poblaciones que tengan relevantes problemas de este orden;
- e) *Normas urbanísticas para la defensa de las comunicaciones, de la naturaleza, del paisaje, del medio rural y del patrimonio artístico de las poblaciones, así como para la edificación en todos los terrenos respecto de los cuales no hubiere planeamiento aprobado;*

(3) GARCÍA-MORENO, 2001b, 41 y ss.

(4) PORTO Y ORTEGA, 1975, 61 y ss.

- f) Justificación del Plan dentro del de ordenación social y económico; y
- g) Programa de actuación para el desarrollo de Planes parciales, régimen del suelo y realización de las obras».

No obstante hay que tener en cuenta que aunque la aprobación de los planes provinciales fuera competencia de la Administración del Estado, no lo era —al menos, no originariamente— su redacción: la formación de los planes provinciales correspondía a las Diputaciones, aunque éstas podían encargarlos a las comisiones provinciales de urbanismo (art. 24) —que, sin embargo, eran órganos de la Administración periférica del Estado—, y su aprobación correspondía a la Comisión Nacional de Urbanismo (art. 28, a). No obstante, en caso de incumplimiento por la Diputación provincial de los plazos para su redacción —que debían ser fijados por el ministerio, según el art. 29 de la Ley—, la Comisión Provincial de Urbanismo podía acordar, bien su elaboración por la Dirección General de Arquitectura y Urbanismo, o bien asumir su redacción por la propia Comisión Provincial (art. 26). Por ello puede causar una cierta sorpresa el que generalizadamente se acudiese a la fórmula doblemente subsidiaria de las «Normas provinciales».

En efecto, en 1975 —año de la primera gran reforma de la Ley del Suelo— sólo tres provincias disponían de Plan Provincial (Baleares, Barcelona y Guipúzcoa), una de planes insulares (Santa Cruz de Tenerife), mientras que, empezando en 1966 —con las de Burgos y Vizcaya—, en veinte provincias se habían implantado Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento de ámbito provincial, en ocho más se hallaban en tramitación y en diez en redacción (5). Algunas de las provincias que no disponían de Normas provinciales sí que contaban con Normas comarcales para las zonas más sensibles, como las capitales, convertidas en polos de desarrollo (serían los casos de Logroño, Navarra u Oviedo).

En efecto, debe también destacarse la existencia de Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento de ámbito comarcal, no expresamente previstas en la Ley del Suelo, aunque su existencia real como instrumentos de ordenación urbanística aprobados precediera a la de las Normas Subsidiarias Provinciales, puesto que existían instrumentos vigentes de este tipo desde 1964. La práctica totalidad de los veinte instrumentos de esta clase existentes a finales de 1974 tenían por objeto la ordenación de los ya citados polos de desarrollo (6) —entre ellos, unas de las primeras fueron las Normas comarcales de Zaragoza, publicadas en el BOE el 5 de octubre de 1964— o de zonas de

(5) PORTO Y ORTEGA, 1975, 62-64.

(6) Básicamente los polos de desarrollo creados por el I Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por Ley 194/1963, de 28 de diciembre, cuyo régimen sería prorrogado por el II Plan, que añadió algún otro.

costa con presión turística, estando destinadas a encauzar la incipiente expansión urbanística debida a la construcción de hoteles y segundas residencias. La única excepción a la tipología anterior fueron las Normas comarcales del Lago de Sanabria, en Zamora, cuya finalidad era más claramente ambiental, la protección del paisaje, aquí también amenazado por una cierta presión turística que la comarca tenía pocas posibilidades de absorber, instrumento aprobado por Orden Ministerial de 24 de abril de 1972, de aprobación de las Normas subsidiarias de planeamiento del paraje pintoresco del Lago de Sanabria y que se publicaron en el BOE de 23 de diciembre de ese año (7).

La subsidiariedad respecto de los planes provinciales era relevante en un sistema de planeamiento articulado a través de instrumentos jerárquicamente relacionados, en el que las normas subsidiarias se insertaban en el lugar jerárquico del tipo de plan que venían a sustituir, como señaló en diversas ocasiones el Tribunal Supremo (8):

«Que como principio general de este tipo de Normas, rige el de igualdad de rango de los Planes de Ordenación que vengan a completar o a suplir —S. 28 octubre 1977—, lo que implica la imposibilidad de que vengan a contradecir disposiciones de rango superior —S. 14 febrero 1975—, ni las contenidas en Planes que ocupen asimismo un superior rango jerárquico; por lo que, como se dice en el art. 88-4 del Reglamento de Planeamiento de 23 junio 1978, su contenido «deberá ajustarse a las determinaciones y directrices establecidas en los Planes directores territoriales, si los hubiere»; ni, como se previene en el art. 89-2 del mismo Reglamento, *podrán en ningún caso modificar la calificación del suelo ni alterar las determinaciones del Plan general que complementen*».

La regulación de la posibilidad de sustituir las omisiones en la aprobación del planeamiento mediante los procedimientos de formación subsidiaria de los planes era absolutamente lógica teniendo en cuenta que el sistema legal introducido por la Ley del Suelo de 1956 gravitaba sobre una figura hasta entonces casi desconocida en nuestro país, como eran los planes urbanísticos. La combinación de novedad y suma relevancia es lo que habría llevado al legislador a prever la subsidiariedad como mecanismo para soslayar la previsible tardanza en la elaboración del planeamiento (9). Es también evidente que el mecanismo tuvo una máxima importancia respecto a los Planes Generales, reemplazados en muchos casos por Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, que quizá habían estado ya en la mente del legislador como un mecanismo alternativo al Plan General, más simple, adecuado para municipios

(7) PORTO Y ORTEGA, 1975, 67.

(8) STS de 15 diciembre 1981, ponente Ángel Martín del Burgo y Marchán, Arz. RJ 1981\5396.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO, 1981, 381-382.

con poco crecimiento o escasa problemática urbanística, algo que lo que, en todo caso, terminaron convirtiéndose (10).

De todas formas, el retraso previsible respecto a los instrumentos de planeamiento se produjo también respecto a su sustitución por los instrumentos subsidiarios, cuya utilización tardaría algún tiempo en generalizarse, empleándose por primera vez para suplir un Plan Comarcal en la Costa del Sol, ocho años después de la entrada en vigor de la Ley (11). Como se ha señalado ya, a finales de 1974 disponían de normas subsidiarias provinciales veinte provincias españolas, es decir, sólo algo menos del cuarenta por ciento, pero en otras ocho se había concluido ya su redacción y se encontraban en tramitación de su procedimiento administrativo de aprobación, lo que suponía ya una clara mayoría, sin contar que en otras diez las normas provinciales se encontraban en proceso de redacción.

Curiosamente, en ese momento en cada una de las provincias aragonesas se daba una de las tres situaciones: Huesca disponía de normas provinciales publicadas en el BOE el 30 de diciembre de 1972, las de Teruel se encontraban en tramitación y se había iniciado, pero se hallaba todavía en curso, la redacción de las de la provincia de Zaragoza (12). Retraso que seguramente se explique por la existencia de unas Normas comarcales aplicables al entorno de Zaragoza.

2. Las normas subsidiarias en la Ley de reforma de 1975 y en el TRLS de 1976

Con la reforma de la Ley del Suelo se produjo una «potenciación notable» de las Normas subsidiarias de planeamiento, que pasan a ser «verdaderos instrumentos de ordenación urbanística o planes reducidos» (13). En la exposición de motivos, IV, párrafo doce, de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley del Suelo, se hacía una explícita referencia a lo que podríamos denominar «planeamiento urbanístico subsidiario» y su utilidad, tanto como instrumento extraordinario, cuanto como instrumento simplificado, en los siguientes términos literales:

«La *experiencia* ha puesto de relieve que las Normas Subsidiarias y Complementarias del Planeamiento son en muchos casos, por razones de *urgencia* o por

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, 1981, 382.

(11) Se trató de unas Normas subsidiarias «comarcales», publicadas en el BOE el 15 de junio de 1964.

(12) PORTO Y ORTEGA, 1975, 61-62.

(13) PAREJO, 1979, 289.

la escasa entidad o complejidad de los problemas, el instrumento más adecuado para afrontarlos. La nueva regulación *desarrolla* la vigente para permitir su uso en la medida conveniente, con una mayor participación de las Entidades Locales y sin quiebra de las garantías debidas a los interesados ni de las exigencias mínimas de técnica urbanística».

De conformidad con esas apreciaciones se dedicaban a las normas subsidiarias dos extensos artículos, el 57 y el 58 que, no obstante, parecen estar pensando primordialmente en las normas subsidiarias de planeamiento de ámbito municipal —en el art. 58, luego art. 72 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 abril de 1976, se hacía referencia específicamente a los municipios, se preveía su desarrollo mediante planes parciales ...—, hasta ese momento no excesivamente desarrolladas, aunque se habían utilizado con bastante profusión en la provincia de Madrid, ámbito donde se localizaban casi ochenta de las algo más de cien normas subsidiarias municipales aprobadas en toda España a finales de 1974 (14), aunque un número no despreciable resultarían anuladas judicialmente (15). Un tanto sorprendentemente, puesto que el término utilizado en la exposición de motivos de la Ley para referirse a la nueva regulación era «desarrolla», el Gobierno al refundir se limitó a transcribir los dos nuevos artículos, eliminando completamente las reglas contenidas en la Ley de 1956 que, al menos en algunos casos, habrían tenido un carácter compatible y complementario respecto a la nueva regulación, entre ellas la referencia expresa al ámbito provincial como uno de los posibles para estos instrumentos de planeamiento.

(14) El listado de las existentes a fines de 1974 puede consultarse en PORTO Y ORTEGA, 1975, 67-70.

(15) La recién creada Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional declaró la nulidad de numerosas Normas complementarias y subsidiarias de ámbito municipal en la provincia de Madrid. En este sentido pueden citarse las sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de octubre de 1981 sobre anulación de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento del término municipal de Hoyo de Manzanares, de 9 de abril de 1981, relativa a Fuenlabrada; de 15 de abril de 1981, Arganda del Rey; de 7 de mayo de 1981, Moraleja de En medio; de 2 de marzo de 1981 sobre anulación de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento del término municipal de Collado-Mediano; de 20 de marzo de 1981, Navalcarnero; de 16 de marzo de 1981, Sevilla la Nueva; de 15 de enero de 1981, sobre anulación de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento del término municipal de Valdemoro; de 12 de noviembre de 1980, Venturada; de 12 de noviembre de 1980, Guadalix de la Sierra; de 25 de septiembre de 1980, Guadarrama; de 19 de septiembre de 1980, Fuenlabrada; de 14 de diciembre de 1979, La Cabrera; de 13 de marzo de 1980, Torrelaguna; de 1 de febrero de 1980, Guadarrama; de 17 de noviembre de 1979, Villanueva de Perales; de 14 de diciembre de 1979, San Agustín de Guadalix; de 17 de noviembre de 1979, Villarejo de Salván; de 17 de noviembre de 1979, sobre anulación de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento del término municipal de Villalbilla; de 23 de octubre de 1979, sobre anulación de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento del término municipal de Villamantilla; de 14 de diciembre de 1979, sobre anulación de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento del término municipal de Valdemoro.

El cambio normativo, reforzado por el Reglamento de Planeamiento de 1978, vino a difuminar considerablemente el carácter subsidiario de este instrumento de ordenación, convirtiendo las llamadas normas subsidiarias en un instrumento de planeamiento general, de carácter opcional o alternativo, con la misma función que el Plan General de Ordenación Urbana, aunque más sencillo en su documentación y sus determinaciones (16). El simple hecho de que se previese específicamente un procedimiento para la aprobación de las normas subsidiarias —del que, no obstante, podía prescindirse por razones de urgencia (TRLRS de 1976 art. 71.3)— privaba a esta figura en buena medida del carácter excepcional, al margen de los procedimientos legales, que se le atribuía originariamente en la Ley de 1956, aunque esa concepción ya hubiese sido matizada en alguna medida por la jurisprudencia (17).

No obstante, la falta de referencia expresa en el TRLRS de 1976 a la posibilidad de normas subsidiarias de ámbito provincial, omisión a la que ya se ha hecho referencia, junto con la desaparición de la figura —y, por tanto, del régimen legal— de los antiguos planes provinciales, pudo haber supuesto una crisis para las normas provinciales, poniendo en cuestión la posibilidad de aprobar nuevos instrumentos de este tipo. De todas formas, es preciso tener en cuenta que la Ley ya no se refería a la ubicación en el sistema de planeamiento en el lugar del plan al que sustituyesen, sino que se hacía una referencia mucho más genérica a «los límites señalados por esta Ley para los Planes de Ordenación», aunque sea preciso reconocer que la subsidiariedad respecto a tipos específicos de planes subyacía en la referencia que a continuación se hacía en la Ley a que «contendrán, en su caso, los supuestos en cuya virtud sea procedente su revisión o sustitución por un Plan» (TRLRS de 1976 art. 71.4). La única interpretación posible era entender que las Normas subsidiarias ocupaban el lugar jerárquico correspondiente a los planes generales cuya inexistencia estarían supliendo, bien para un municipio o bien para una provincia o parte de ella (18).

El panorama normativo cambió —y se clarificó considerablemente respecto a las normas subsidiarias provinciales— con la promulgación del Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 junio (en adelante, RP), que supuso una codificación de la normativa urbanística en esta y en otras materias y que, al menos en este concreto punto, pasaba por encima de las deficiencias técnicas que pudiese presentar el TRLRS de 1976 (19). En

(16) MENÉNDEZ REXACH, 2001, 10. En el mismo sentido, específicamente para las Normas subsidiarias de ámbito municipal, GARCÍA-MORENO, 2001a, 61.

(17) BAÑO LEÓN, 1990, 15-22

(18) VAQUER, 1998, 229.

(19) NÚÑEZ MAROTO, 1978, 112.

el Reglamento de planeamiento se vino a reconocer la práctica existente de aprobar normas subsidiarias provinciales o comarcales al hacer referencia a su elaboración «para la totalidad de una *provincia* o *parte de ella* la normativa de carácter general sobre protección y aprovechamiento del suelo, urbanización y edificación aplicable a los *Municipios que carezcan de Plan General o de Normas Subsidiarias de carácter municipal*» (RP art. 88.3, a) y desarrollar esa previsión en el artículo 90, en el que se contienen las determinaciones de este tipo de instrumentos, y en otros preceptos del Reglamento. Su elaboración se atribuía a las Comisiones Provinciales de Urbanismo o a las Diputaciones provinciales, indistintamente (art. 150, a), correspondiendo su aprobación definitiva al Ministerio (art. 151.4).

En el art. 90 RPU se contienen las determinaciones de las «Normas subsidiarias provinciales» y, en consecuencia, es un precepto capital para conocer su configuración y funciones en el sistema urbanístico del ordenamiento supletorio estatal. Habría que destacar tres elementos:

a) La gran *amplitud de la supletoriedad*: las Normas subsidiarias provinciales no sólo resultaban desplazadas por los planes generales o las normas subsidiarias municipales que hiciesen sus veces (art. 160.3), sino también por las ordenanzas de edificación y uso del suelo en aquellos municipios que contasen con proyecto de delimitación del suelo urbano. En efecto, en el RPU se señala que las Normas subsidiarias provinciales serían de aplicación «en los Municipios que cuenten como único instrumento de planeamiento con la delimitación del suelo urbano [que tenía carácter obligatorio para todos los municipios, según el art. 81.2 y disposición transitoria quinta, 3, del TRLS de 1976] y *no tengan Ordenanzas de Edificación y Uso del Suelo*» [art. 90, b) *in fine*]. Esto ha llevado a afirmar, quizá de forma un tanto reduccionista, que las Normas provinciales no sustituían a los planes generales, ni a las Normas subsidiarias municipales, sino únicamente a las Ordenanzas de edificación y uso del suelo (20). En todo caso, esta previsión normativa concordaba con la posición del Tribunal Supremo, que había estimado que incluso en ausencia de plan general, la existencia de un Proyecto de Ensanche con sus ordenanzas de construcción y vivienda, más un plan parcial, impedía la aplicación de las Normas subsidiarias provinciales (21).

b) Sin embargo, habría que matizar la afirmación anterior: si bien las normas subsidiarias provinciales resultaban desplazadas sin matices por los planes generales, no ocurría lo mismo con otros instrumentos urbanísticos de ámbito territorial más limitado. Las Normas subsidiarias provinciales tenían

(20) NÚÑEZ MAROTO, 1978, 114 y 118.

(21) STS de 28 de noviembre de 1976, Arz. 5950, transcrita y comentada en RODRÍGUEZ MORO, 1977, 637 y ss.

una *vocación de instrumento marco o tipo* para el desarrollo de determinados instrumentos urbanísticos de ámbito municipal distintos del plan general, que sí se configuraba como un instrumento originario en sentido estricto. De hecho, *la orientación de la futura redacción de las Normas subsidiarias municipales fue señalada por algún comentarista como la principal de las funciones de las Normas subsidiarias provinciales* (22). En este sentido se establece expresa y prioritariamente en el RPU lo siguiente respecto a la naturaleza de las determinaciones de las Normas provinciales: «[tienen] carácter de normativa general, que *servirá de orientación para la redacción de Normas Subsidiarias Municipales*» (art. 90, a). Del mismo modo, una determinación también necesaria era la de «*previsiones mínimas para centros y servicios de interés público y social que habrán de tenerse en cuenta en las Normas Subsidiarias municipales*» (art. 90, f). En consecuencia, las Normas subsidiarias provinciales eran en algunos aspectos un *parámetro de validez* para la elaboración y aprobación de las Normas subsidiarias municipales, aunque los planes generales estén exonerados de esa supeditación.

Lo mismo, con mayor motivo, podría decirse de los proyectos de delimitación de suelo urbano: «[las normas subsidiarias provinciales contendrán] *las agrupaciones de población ya existentes, que deban considerarse como núcleos urbanos*, a efectos de la ulterior delimitación de su suelo urbano con arreglo al criterio del art. 81.2 de la Ley del Suelo» (art. 90, b), que debían reflejarse en planos de información «a escala adecuada» (art. 96.2), además de «*los criterios que permitan a los Ayuntamientos la delimitación de su suelo urbano*» en función de circunstancias como población, edificación y servicios (art. 90, d). En consecuencia, aunque un proyecto de delimitación de suelo urbano que fuese acompañado de ordenanzas de edificación y uso del suelo desplazaba las Normas subsidiarias provinciales, éstas eran parámetro de validez para la aprobación del proyecto de delimitación y, en consecuencia, sólo serían aprobados en la medida en que existiese un cumplimiento adecuado de los criterios establecidos en las Norma provinciales (23).

c) La regulación del *suelo no urbanizable* tenía una importancia capital entre sus contenidos, estableciéndose como un documento necesario las «Normas de protección para el suelo no urbanizable» (art. 96.4). En este sentido, aparte del censo de núcleos de población existentes que debía contener y al que ya se ha hecho referencia, en las normas subsidiarias se debía establecer la «definición (...) del *concepto de núcleos de población*, en base a las características de la provincia, definiendo las condiciones objetivas que den lugar a la posibilidad de su formación» (art. 90, c). También aparecía «*previsiones*

(22) NÚÑEZ MAROTO, 1978, 116.

(23) En este sentido, con matices, NÚÑEZ MAROTO, 1978, 119.

mínimas para centros y servicios de interés público y social» (art. 90, f), lo que debería ponerse en relación con la previsión de la posibilidad de autorizar «siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 43 punto 3 —es decir, por el Ministerio o la Comisión Provincial de Urbanismo, previa información pública—, edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural» (TRLR de 1976 art. 85.1.2º).

3. Referencia a las Normas subsidiarias provinciales en el TRLR de 1992

En la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, no se contienen referencias a las Normas subsidiarias provinciales. Este hecho, unido a la anulación por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, de todos los preceptos del Texto refundido de la Ley del suelo y de ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio (en adelante, TRLR de 1992), en los que se hacía referencia a las Normas subsidiarias provinciales, resta gran parte de su importancia práctica a este texto. No obstante, se trata del último texto legislativo estatal en el que aparecen referencias a estos instrumentos de planeamiento, y sus preceptos tienen el interés de marcar una tendencia existente en la época.

Lo primero que llama la atención es que, lejos de la parquedad del TRLR de 1976, en el TRLR de 1992 se contenía una regulación bastante extensa, fuertemente deudora de los preceptos del Reglamento de Planeamiento de 1978. Lo segundo es que, frente al texto de 1976, centrado en las Normas subsidiarias municipales, *en el texto de 1992 se da una importancia reforzada a las Normas provinciales*. Esto es especialmente evidente al examinar las determinaciones de estos instrumentos de planeamiento, que debían contener entre otras la siguiente (TRLR de 1992 art. 76, d):

«Señalamiento de las zonas en que pueden [sic] *urbanizarse* con arreglo a las prescripciones contenidas en las propias normas».

Este precepto choca aparentemente con las previsiones del art. 13.1 del propio TRLR de 1992, en que se establecía que en los municipios sin planeamiento general «el territorio se clasificará en suelo urbano y suelo no urbanizable». Ciertamente, en el RPU ya se hacía referencia como determinación propia de las Normas provinciales a las «características de las *obras de urbanización*» y tenía su antecedente en el art. 58.4 de la Ley 19/1975, incorporado como art. 71.4 al TRLR de 1976, precepto que contenía prácticamente el mismo tenor literal, siendo la única diferencia probablemente una simple errata —«zonas en que puede urbanizarse con arreglo a las prescrip-

ciones contenidas en las propias normas»—, pero en la Ley 19/1975 y en el TRLS de 1976 la referencia se hacía genéricamente a las Normas subsidiarias de planeamiento municipal y, por consiguiente, podía entenderse únicamente referida a las Normas subsidiarias de ámbito municipal que, inequívocamente, sí podía clasificar suelo como urbanizable (TRLs de 1992 art. 9.1).

Dejando de lado la legalidad del precepto y la probable existencia de un *ultra vires* en la refundición, es evidente que los expertos que participaron en la redacción y el Gobierno al aprobar el TRLS de 1992 quiso dar un mayor contenido a las Normas provinciales.

III. EVOLUCIÓN LAS NORMAS SUBSIDIARIAS PROVINCIALES EN ARAGÓN Y SU REGULACIÓN Y LA DE OTROS INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS SUPRAMUNICIPALES EN LA LEGISLACIÓN ARAGONESA

En lo que es la tendencia legislativa general de las comunidades autónomas respecto de las Normas subsidiarias de planeamiento de ámbito provincial, la Ley 5/1999, de 25 de marzo de 1999, Urbanística, constituyó una excepción. La mayor parte de los legisladores autonómicos prescindieron de la figura o bien la «encubrieron» con nombres distintos: sería el caso de las Normas Provinciales de Galicia, las Normas Sustantivas de Ordenación en Andalucía o las Normas de Planeamiento Urbanístico en Cataluña (24). La Comunidad Autónoma de Aragón no se sumó a esta tendencia general en 1999, como se ha dicho, pero sí en 2009: mientras en la primera Ley se preveía la posibilidad de aprobar nuevas Normas subsidiarias que remplazasen a las existentes (Ley 5/1999 art. 62 y disposición transitoria primera), en la Ley vigente se prevé su «sustitución» por la Directriz especial de Urbanismo (Ley 3/2009 disposición transitoria primera).

No obstante, sí cabe apreciar una cierta pérdida de ambición en la regulación de la figura de las Normas subsidiarias provinciales en la Ley 5/1999 respecto al régimen incluido en el RPU de 1978: se renunciaba, o al menos no se hacía ninguna referencia a ello, a incluir en ellas criterios o reglas que pudiesen servir de modelo a instrumentos de planeamiento de ámbito municipal, además de hacer desaparecer —para el futuro, aunque continuasen transitoriamente en vigor las existentes— las Normas complementarias. Por otra parte, se renunciaba a la aprobación de Normas subsidiarias por motivos extraordinarios o de urgencia, como pudiese ser la anulación o suspensión del planeamiento municipal. En este sentido, la posterior Ley 3/2009, con la figura de la Direc-

(24) PORTO, 2004, 13.

triz de Urbanismo, habría supuesto una cierta vuelta, aunque sólo parcial, a los planteamientos de 1978, con la inclusión entre las determinaciones de la previsión de soluciones tipo, en especial para pequeños municipios, aunque yendo más allá que en el precedente de 1978 al prever determinaciones de carácter vinculante que no resultarían desplazadas ni siquiera por la aprobación de un plan general.

En efecto, la Directriz de Urbanismo que viene a sustituir en varios sentidos a las Normas subsidiarias provinciales responde a un planteamiento que puede calificarse como más ambicioso (25), aunque con diversos puntos concomitantes. Ese entronque con lo que en nuestra tradición urbanística ha significado las Normas complementarias y subsidiarias provinciales es lo que explica su estudio, siquiera sucinto, en el presente trabajo, en las siguientes líneas referidas a la primera legislación aragonesa.

También será preciso el examen sucinto del régimen de otros instrumentos urbanísticos supramunicipales que se han incorporado al texto de la Ley 3/2009, especialmente de los «programas de coordinación del planeamiento», que son susceptibles de incorporar la práctica totalidad de los contenidos vinculantes de la Directriz de Urbanismo, e incluso criterios orientativos del planeamiento municipal, lo que produce la impresión de un cierto solapamiento o redundancia con la directriz.

1. Las Normas subsidiarias provinciales en Aragón durante la aplicación directa de la legislación estatal

Salvo error por mi parte, las primeras normas subsidiarias aprobadas que afectaron a algún territorio aragonés fueron unas normas subsidiarias de ámbito comarcal, que tuvieron por objeto Zaragoza y su entorno. Se trata de una ordenación mínima, aprobada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, aunque se invocaba el art. 57 de la Ley del Suelo y fue «promulgada» por una orden del Ministerio de la Vivienda. En concreto, mediante la Orden de 22 de septiembre de 1964 por la que se promulgan las normas de ordenación provisional de los territorios de los Polos de Promociones y Desarrollo Industrial de Huelva, Burgos, Valladolid, Vigo, La Coruña, Zaragoza y Sevilla (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1964). Fundamentalmente, en estas normas subsidiarias se distinguía entre áreas de «planeamiento vigente», en las que los nuevos emplazamientos industriales se someterían a las previsiones del mismo y, por otro lado, áreas de «protección específica» —preservadas en función de lo valioso de sus explotaciones agrarias o por estar destinadas a la expansión de la ciudad o a la localización de actividades

(25) TEJEDOR, 2010, 75.

turísticas u otras análogas—, zonas «íntegramente industriales» y áreas de «tolerancia» para emplazamiento de industrias especiales.

Las zonas «íntegramente industriales» eran zonas de tolerancia en las que podían implantarse establecimientos industriales sin necesidad de actuaciones previas de urbanización, resolviendo con carácter provisional el propio industrial lo necesario sobre servicios y accesos y respetando los esquemas directores para el futuro viario. En cuanto a las «áreas de tolerancia para emplazamiento de industrias especiales», se trataba de zonas de suelo rústico, como se denominaba en la legislación de la época, en las cuáles se permitía la implantación de industrias que fueran «especiales» a juicio del Ministerio de Industria, por ser dependientes de determinadas materias primas o aquéllas que por su «importancia» tuviesen la posibilidad de «resolver por sí mismas los accesos y comunicaciones, los servicios de agua industrial y potable, evacuación de residuos sólidos y líquidos, dotación de energía y asimismo los problemas residenciales y comunitarios de su personal». En todo caso, se establecía el deber de los municipios afectados de revisar sus planes generales, momento en el que quedarían sin efecto las normas subsidiarias.

Es decir, que se articulaban estas normas subsidiarias como un mecanismo de respuesta rápida a una situación nueva, en este caso evitar que la falta de suelos produjese el estrangulamiento del desarrollo industrial que posibilitaban las ayudas públicas encauzadas por la designación como polo de desarrollo.

Con posterioridad, aunque habrían de pasar varios años, se aprobarían las Normas subsidiarias de la provincia de Huesca. Concretamente, mediante la Orden de 13 de diciembre de 1972, del Ministro de la Vivienda (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 1972), cuyo punto 9 era la aprobación de las «Normas de Ordenación Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento para los Municipios de la provincia de Huesca», a propuesta de la Comisión Provincial de Urbanismo.

No se ha podido localizar en el Boletín Oficial del Estado ni en el Boletín Oficial de Aragón otras resoluciones hasta la Resolución de 10 de enero de 1991, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transporte de la Diputación General de Aragón por la que se da publicidad al acuerdo de 16 de agosto de 1990, en relación con la aprobación definitiva de la modificación número 1 de las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento municipal de la provincia de Teruel (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 1991, corrección de errores en el BOE núm. 75, de 28 de marzo de 1991). Lo publicado no es sino el acuerdo de aprobación, pero no las nuevas normas subsidiarias de planeamiento. En todo caso, la vigencia de esta modificación iba a ser muy breve, porque en el año 1991 iban a ser aprobadas normas subsidiarias para las tres provincias aragonesas.

Las normas subsidiarias provinciales actualmente vigentes serían las siguientes:

Zaragoza: Orden de 12 de abril de 1991, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se da publicidad al Acuerdo de aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias y Complementarias del ámbito provincial de Zaragoza (BOA núm. 50, de 25 de abril de 1991; BOE núm. 82, de 31 de julio de 1991).

Teruel: Resolución de 14 de junio de 1991, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se da publicidad al acuerdo de aprobación definitiva de las normas subsidiarias y complementarias de ámbito provincial de Teruel (BOA núm. 82, de 4 de julio de 1991). Las Normas provinciales de Teruel serían modificadas por primera vez en 1993 (26), introduciendo normas relativas a los requerimientos técnicos de los locales destinados a la comercialización de *productos fitosanitarios*, siéndolo nuevamente en 1996 (27), modificando, por un lado, las *normas sobre edificación* para aumentar la altura máxima de los edificios situados en calles de menos de seis metros de ancho de 6,5 metros a 7,5 y ampliando, por otro, el ámbito de aplicación de las «zonas de borde de núcleo» de los «municipios» de menos de 500 habitantes a los «núcleos» de menos de 500 habitantes, y en 1998 (28), estableciendo el criterio o recomendación de que los sistemas de *evacuación de aguas pluviales y residuales* estuviesen diferenciados en los polígonos industriales de más de cuatro hectáreas, aunque se admitiesen expresamente excepciones.

Huesca: Orden de 17 de mayo de 1991, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se da publicidad al Acuerdo de aprobación definitiva de Normas Subsidiarias y Complementarias de ámbito provincial de Huesca (BOA núm. 69, de 6 de junio de 1991; BOE núm. 187 de 6 de agosto de 1991). Estas Normas subsidiarias han sido modificadas en

(26) Orden de 30 de marzo de 1993, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de fecha 9 de marzo de 1993, en relación con la aprobación definitiva de la primera modificación de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento Municipal de la provincia de Teruel (BOA núm. 45, de 26 de abril de 1993).

(27) Orden de 7 de junio de 1996, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se da publicidad al Acuerdo de 28 de mayo de 1996, de la Segunda Modificación de las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento Municipal de la provincia de Teruel (BOA núm. 72, de 21 de junio de 1996).

(28) Orden de 10 de noviembre de 1998, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se da publicidad al Acuerdo de aprobación definitiva de la modificación número 3 de las Normas Subsidiarias y Complementarias de ámbito provincial de Teruel que afecta al apartado VII del título primero de las Normas vigentes (BOA núm. 137, de 25 de noviembre de 1998).

tres ocasiones. La primera se publicó por medio de la Orden de 13 de enero de 1993, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se da publicidad al acuerdo de aprobación definitiva de la 1ª Modificación de las Normas Subsidiarias y Complementarias de ámbito provincial de Huesca (BOA núm. 11, de 29 de enero de 1993), cuyo principal contenido se refería a la *rehabilitación de edificios de arquitectura tradicional en suelo no urbanizable* ordinario o de especial protección. La segunda se publicaría mediante la Orden de 17 de abril de 1998, del Departamento de Ordenación Territorial, Obras Públicas y Transportes, por la que se da publicidad al Acuerdo de modificación número 2 de las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento Municipal de ámbito provincial de Huesca (BOA núm. 58, de 20 de mayo de 1998), que se limitó a añadir un artículo relativo a las características técnicas de la evacuación de gases de determinadas *calderas de calefacción*. Finalmente, una tercera (aunque denominada oficialmente como segunda, porque procedía del mismo procedimiento administrativo que la anterior, aunque se había suspendido la aprobación de una parte de su contenido) se produjo en el año 2000: Orden de 12 de mayo de 2000, del Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se da publicidad al Acuerdo de aprobación definitiva de la modificación número 2 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento municipal de ámbito provincial de Huesca (BOA núm. 64, de 2 de junio de 2000), cuya principal novedad fue hacer más explícitas las *normas sobre edificación en suelo no urbanizable de especial protección* (norma 7.5.3), en las que se establecía una ocupación máxima y distancias más exigentes que las establecidas para el suelo no urbanizable ordinario (norma 7.3.2). La inclusión en el título de la resolución de los términos «modificación número 2», cuando se trataba evidentemente de la 3 puede haber obedecido a la voluntad de enfatizar que el procedimiento de modificación se había iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 5/1999 y, por tanto, bajo la aplicación plena del TRLS de 1976, puesto que en la Ley de 1999 se preveía la subsistencia de las Normas Complementarias y Subsidiarias anteriores, pero no su modificación, al menos, no de forma expresa.

Las normas subsidiarias de las tres provincias aragonesas presentan notables diferencias no sólo en cuanto a sus contenidos, sino también en cuanto a su extensión y su sistemática, lo que resulta más difícil de explicar. Las más extensas son las de Zaragoza, que además incorporan un anexo gráfico que se publicó en el BOA, algo de lo que no disponen las otras o, al menos, no fue objeto de publicación oficial.

En todo caso, puede destacarse la poca entidad de las reformas introducidas, en los casos en los que se han producido, por lo que puede considerarse que las Normas subsidiarias provinciales han presentado una notable estabilidad en sus determinaciones. Esta estabilidad se mantendría tras la aprobación

de la Ley 5/1999, Urbanística, no considerándose ni siquiera la necesidad de adaptar las Normas subsidiarias al nuevo texto legal.

2. Las Normas subsidiarias durante la vigencia de la Ley 5/1999

Como se ha señalado, las normas subsidiarias de ámbito provincial no han experimentado modificaciones durante la vigencia de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística, pese a que en esta norma legal no sólo se mantenía su vigencia, sino que se preveía la posibilidad de aprobar nuevas normas subsidiarias provinciales.

En la Ley 5/1999 se prescindió de las Normas subsidiarias de ámbito local, aunque sí se introducía en su lugar un plan general simplificado, aplicable en determinados municipios en función de su (poca) población (art. 211 y 213), lo que suponía prescindir totalmente de la otra vertiente de la subsidiariedad, la de circunstancias extraordinarias, como la suspensión del planeamiento o su anulación, que justificasen la intervención directa de la autoridad de tutela en materia urbanística, ahora la Administración de la Comunidad Autónoma.

Las denominadas por el legislador aragonés «Normas subsidiarias de ámbito provincial» se regulaban sucintamente en el art. 62 de la Ley 5/1999 que, en coherencia con lo anterior, establecía únicamente un procedimiento ordinario para su aprobación: serían formuladas por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio, sometidas a información pública y aprobadas por el Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón. Su contenido sería, según la Ley, normas sobre protección y aprovechamiento del suelo, urbanización y edificación, aplicables en los municipios que careciesen de plan general. También se preveía la posibilidad de incluir la delimitación de los suelos urbanos para los municipios que careciesen de plan general. Es preciso señalar que aunque en la Ley de 1999 se preveía la posibilidad de proyectos de delimitación de suelo urbano (art. 62), especialmente para los pequeños municipios (art. 212), y ordenanzas urbanísticas (art. 64), no se establecía la posibilidad, sí recogida en la normativa supletoria estatal, de desplazar la aplicación de las Normas provinciales con la aprobación de un proyecto de delimitación acompañado de ordenanzas de edificación y uso del suelo.

En la disposición transitoria primera de la Ley 5/1999 se establecía la continuidad de las Normas Subsidiarias y Complementarias Provinciales en vigor, incluso con carácter complementario. No obstante las normas «complementarias» dejarían de ser aplicables una vez que el respectivo Municipio hubiese adaptado su planeamiento general a la nueva Ley.

De los nueve artículos del Reglamento de Planeamiento de 1978 que afectaban al régimen de las Normas complementarias y subsidiarias provinciales

(regulándolas específicamente o conjuntamente con las de ámbito municipal), sólo dos se declararon aplicables en la disposición final primera, c) de la Ley 5/1999: el art. 90, relativo a las determinaciones, y el art. 96, relativo a la documentación. En todo caso, debe aclararse que ningún artículo del Reglamento de Planeamiento de 1978 se ha considerado aplicable con carácter supletorio en la Ley 3/2009, lo que es plenamente coherente con lo previsto en la disposición final segunda, a) del Decreto 52/2002, de 19 febrero, Reglamento de desarrollo parcial de la Ley Urbanística en materia de organización, planeamiento urbanístico y régimen especial de pequeños municipios, que consideró incompatible con su regulación y por tanto desplazados «la totalidad de los preceptos y el Anexo del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio».

En el Reglamento aprobado por el Decreto 52/2002 se dedicaban a las Normas subsidiarias provinciales los art. 136 a 140, aunque también eran mencionadas en el art. 172.2, en el que se establecía, entre otras cosas, la posibilidad de autorizar nuevas parcelaciones en las zonas periféricas de los pequeños municipios, con edificabilidad en las fincas resultantes, cuando se realizasen de conformidad a lo previsto en las Normas provinciales. Aparte de esta previsión específica, los únicos preceptos que suponían un desarrollo de las previsiones de la Ley 5/1999 eran el art. 138, relativo a las determinaciones, y el art. 139, relativo a la documentación.

Si se comparan las determinaciones previstas en el Reglamento estatal de 1978 con las establecidas en el Reglamento aragonés de 2002 encontramos las siguientes similitudes y diferencias:

Desaparece en el Reglamento aragonés la referencia al carácter orientador que las normas subsidiarias provinciales sobre las futuras normas subsidiarias municipales, lo que en el plano jurídico era coherente con la desaparición de éstas en la normativa aragonesa y la naturaleza jurídica de instrumentos originarios de los planes generales simplificados aplicables a los municipios pequeños, aunque suponía la renuncia a una importante función de homogeneización.

Se mantuvo en el Reglamento aragonés el listado de agrupaciones de población existentes que deban considerarse como núcleos urbanos, a efectos de la futura delimitación de su suelo urbano, aunque *se elimina la posibilidad de que una ulterior delimitación del suelo urbano acompañada de la aprobación de ordenanzas de edificación y uso del suelo pudiese desplazar la aplicación de las normas provinciales*; en consecuencia, sólo la aprobación de un plan general produciría ese desplazamiento.

Se mantuvo en la norma reglamentaria aragonesa la definición del «concepto de núcleo de población», incluso reproduciendo literalmente sus condicionantes y funcionalidad: «conforme a las características de la provincia,

señalando las condiciones objetivas que den lugar a la posibilidad de su formación».

También se mantuvo la referencia literal a «criterios que permitan a los Ayuntamientos la delimitación de su suelo urbano en función de las circunstancias de la población, edificación y servicios existentes».

También literalmente se mantuvo la determinación relativa a las «Normas urbanísticas de carácter general» y a su contenido: las «condiciones de volumen, higiénico-sanitarias y estéticas de la edificación y características de las obras de urbanización que hayan de ejecutarse en los términos municipales incluidos en su ámbito de aplicación».

Desapareció del ordenamiento aragonés la necesidad de incluir «previsiones mínimas para centros y servicios de interés público y social que habrán de tenerse en cuenta en las Normas Subsidiarias municipales», pero en cambio se incluyó la imposición de dar un tratamiento diferenciado a las categorías de suelo no urbanizable genérico y suelo no urbanizable especial. Habrían debido recogerse las «actividades prohibidas», para proteger los valores naturales y paisajísticos, además de los culturales y económicos. También habrían debido preverse las «actuaciones y usos previstos o que puedan ser autorizados», incluido el procedimiento de autorización. Finalmente se preveía que podrían autorizarse «actuaciones y usos no previstos», pero únicamente mediante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental» (art. 138.1, f).

Sin relación alguna con las previsiones del Reglamento de Planeamiento de 1978 se establecía como contenido posible, en calidad de determinaciones potestativas, la delimitación del suelo urbano para los municipios que careciesen de ella, incluidas las alineaciones, además de la delimitación de terrenos «que merezcan la consideración de suelo no urbanizable especial» (art. 138.2).

En cuanto a las previsiones sobre documentación, ambos reglamentos son casi idénticos, con la única excepción de que la referencia del Reglamento estatal a las «Ordenanzas de edificación para el suelo urbano» (art. 96.3), se convirtió en el Reglamento aragonés en algo más amplio: «Normativa de carácter general sobre protección y aprovechamiento del suelo, urbanización y edificación en los Municipios que carezcan de Plan General» (art. 139, c).

En todo caso, es preciso tener en cuenta que todas las previsiones del Decreto 52/2002 sobre las Normas subsidiarias provinciales serían objeto de derogación expresa en la disposición derogatoria, 1, i) de Ley 3/2009, de 17 junio, de urbanismo, en cuya disposición final cuarta, relativa a las «Normas reglamentarias del Estado aplicables como Derecho supletorio», también se omite cualquier referencia al RPU de 1978.

3. Normas subsidiarias y otros instrumentos de planeamiento urbanístico supramunicipal bajo la vigencia de la Ley 3/2009

Las normas subsidiarias provinciales no se contemplan en el articulado de la Ley vigente, pero sí en su régimen transitorio. Por otra parte, es preciso hacer una breve referencia a los instrumentos de ordenación urbanística supramunicipal en la legislación vigente, puesto que su ámbito y función vendrían a delimitar de alguna manera el de la Directriz de Urbanismo.

A) Las normas subsidiarias provinciales en la legislación aragonesa vigente

Las normas subsidiarias de las tres provincias aprobadas en 1991 por la Diputación General de Aragón siguen siendo Derecho vigente en Aragón, pero únicamente con carácter transitorio.

En la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo, las Normas subsidiarias provinciales sólo aparecen en la disposición transitoria primera, que supone una adaptación y prolongación de lo previsto en la misma disposición de la Ley 5/1999. En una y otra se establece que las Normas Subsidiarias y Complementarias Provinciales actualmente en vigor en las tres provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza, mantendrán su vigencia (por supuesto, en lo que no entre en contradicción con la respectiva Ley), incluso con carácter complementario (un efecto que ya no estaba previsto en la Ley 5/1999 para las «nuevas» normas subsidiarias, si las hubiese llegado a haber). En consonancia con la falta de previsión de Normas complementarias provinciales, se prevé en *ambas* disposiciones transitorias que en los municipios que cuenten con plan general *adaptado a la Ley 5/1999*, de 25 de marzo, no se aplicarán las «Normas Complementarias Provinciales» o, quizá mejor, las reglas de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento que pudiesen tener carácter complementario. En otros términos, si el Plan General está adaptado a la Ley 5/1999 o, hay que suponer, aunque la Ley 3/2009 no lo diga, a esta última, no cabrá buscar en las Normas subsidiarias de la correspondiente provincia determinaciones para colmar una posible laguna del plan. El desplazamiento de las Normas provinciales operado por la aprobación del plan general es total. No obstante, es preciso tener en cuenta que este régimen transitorio que ahora se mantiene ha provocado algunos problemas en el pasado en municipios con plan adaptado a la Ley 5/1999 por medio de su homologación, puesto que en ellos se omiten con frecuencia cuestiones diversas, especialmente en lo relativo al suelo no urbanizable, que sí se contemplan en las normas complementarias provinciales (29).

(29) Vid. TEJEDOR, 2010, 74-75.

En lo que difieren es en que en la disposición transitoria de 1999 la vigencia debía prorrogarse «hasta que sean sustituidas por nuevas Normas Subsidiarias Provinciales adaptadas a esta Ley o se acuerde su derogación por el Gobierno de Aragón», mientras que en la de 2009 esa vigencia transitoria se prolongará «hasta que sean sustituidas por la directriz especial de urbanismo prevista en esta Ley o se acuerde su derogación por el Gobierno de Aragón». *Ni en la Ley de 2009 ni en la de 1999 (ni en su Reglamento de desarrollo parcial) se prevé la revisión o modificación de las Normas subsidiarias existentes*, lo que quizá explique que unas normas como las de Huesca o Teruel, que habían sido modificadas hasta en tres ocasiones entre 1991 y 2000, no lo hayan sido con posterioridad.

B) Otros instrumentos de ordenación supramunicipal

Junto a la directriz de urbanismo, debe hacerse referencia a tres instrumentos urbanísticos contemplados en la Ley vigente: la norma técnica de planeamiento, el sistema de información urbanística y los programas de coordinación del planeamiento urbanístico.

El establecimiento de criterios de normalización del planeamiento, que permitan reducir la inseguridad jurídica y faciliten el acceso telemático es una iniciativa adoptada también en otras comunidades autónomas (30). En Aragón, la «norma técnica de planeamiento» está regulada en los artículos 103 a 105 de la Ley 3/2009 y su objetivo es unificar los criterios técnicos utilizados para la elaboración de los documentos de planeamiento urbanístico, estableciendo estándares que habrán de utilizarse en la cartografía de utilidad urbanística, además de en la terminología y los conceptos urbanísticos generales. Con ello se pretende facilitar la interpretación del planeamiento urbanístico, lo que tendrá también como efecto una reducción de la discrecionalidad en la interpretación y aplicación, además de facilitar la incorporación del planeamiento a los sistemas de información territorial y urbanística de Aragón. El proyecto de norma técnica de planeamiento se sometió a información pública en virtud de una resolución de la Dirección General de Urbanismo de 22 de febrero de 2010 y fue aprobado por Decreto 54/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la Norma Técnica de Planeamiento, por lo que debería ser tenido en cuenta en la elaboración del proyecto de Directriz (31).

(30) Puede aducirse como ejemplo Castilla-La Mancha, que ha aprobado un Decreto 178/2010, de 1 de julio, por el que se aprueba la Norma Técnica de Planeamiento para homogeneizar el contenido de la documentación de los planes municipales.

(31) Respectivamente, BOA núm. 47, de 9 de marzo de 2010, y BOA núm. 68, de 5 de abril de 2011. También puede consultarse en <http://www.notepea.es/>.

El «sistema de información urbanística de Aragón» deberá servir para difundir información sobre la actividad urbanística de las Administraciones públicas aragonesas, facilitando el acceso público a la misma (Ley 3/2009 art. 86). Deberá coordinarse con el sistema de información territorial regulado en los art. 40 a 47 de la Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón y para ello se prevé su desarrollo reglamentario.

Finalmente, mayor complejidad desde un punto de vista jurídico que estos instrumentos tendrían los «programas de coordinación del planeamiento urbanístico» (Ley 3/2009 art. 100-102), que contienen determinaciones vinculantes y presentan algunos problemas para la delimitación de sus funciones respecto a las encomendadas a la directriz de urbanismo.

No es casual que en la exposición de motivos de la Ley 3/2009 (V, párrafo noveno) se caracterice estos instrumentos por relación a las directrices de ordenación del territorio: «como instrumentos que revisten caracteres *más sencillos y territorialmente limitados* que las directrices de ordenación del territorio». Y se añade a continuación:

«Se trata, en definitiva, de establecer un instrumento *más ligero y simple* que las directrices parciales de ordenación territorial que permita a la Administración autonómica agilizar el diseño y ejecución de actuaciones territoriales de su competencia, siempre conforme a objetivos regionales, coordinando ejecutoriamente el planeamiento municipal afectado».

Efectivamente, se trata de un instrumento de planeamiento muy flexible, puesto que ni siquiera tiene que abarcar términos municipales completos, sino que su ámbito puede comprender únicamente «partes de los mismos» (art. 101, a). Sin embargo, no es flexible en cuanto al resto de sus determinaciones, teniendo que contener varios elementos de forma necesaria (probablemente su misma existencia será la mejor prueba de la concurrencia de un interés supralocal, que es lo que legitima la intervención de la Administración de la Comunidad Autónoma). Esos elementos, enunciados en el art. 101, serían los siguientes: *objetivos* de alcance supralocal que pretenden conseguirse con el programa; *criterios de coordinación* general para el planeamiento urbanístico municipal; los *criterios de sostenibilidad ambiental* que deberán aplicarse en su ámbito, lo que es una clara referencia al sistema de núcleos de población y su expansión (art. 24, e) y a las infraestructuras de transporte (art. 24, c), entre otras cuestiones, principalmente recogidas en el art. 49.3. Además de los anteriores, se establece la posibilidad de establecer una serie de *criterios de uso del territorio, incluida la clasificación de suelo*, que pueden tener o no carácter vinculante (art. 101.e):

«Los criterios orientativos o vinculantes para el uso del territorio y, en particular, para la clasificación o calificación del suelo o la fijación de densidades y aprovechamientos en áreas determinadas, en función de objetivos de alcance supralocal».

En consecuencia, en los programas de coordinación se pueden incorporar la mayor parte de los contenidos previstos para la directriz de urbanismo, y esa inclusión puede tener tanto un carácter vinculante como simplemente orientativo. Entre ambos extremos, podría defenderse la posibilidad de que también incorporen criterios con carácter subsidiario o respecto a los que se establezcan márgenes de concreción a disposición del planificador municipal. Ciertamente, podría pensarse que los programas de coordinación ocupan una posición intermedia entre las directrices de ordenación del territorio —entre las que se incluye expresamente la Directriz urbanística— y el planeamiento municipal, idea que aparece explícitamente en la exposición de motivos de la Ley 3/2009:

«Estamos ante instrumentos de urbanismo operativo para garantizar una adecuada conexión entre la ordenación urbanística y la ordenación territorial o de otro orden (ambiental, cultural, educativa, etc.)».

Sin embargo, ese carácter intermedio podrá tener una naturaleza lógica, pero no jurídica: el «programa de coordinación» no requiere para su aprobación de la existencia previa de una directriz de ordenación del territorio, ni de planes ambientales o de otro tipo que incidan sobre su ámbito de ordenación. Por el contrario, tiene un carácter originario, pudiendo establecer *ex novo* criterios de sostenibilidad ambiental u objetivos de alcance supralocal, cuya legitimidad dependerá de su suficiente justificación en la memoria y demás documentación preceptiva.

Así las cosas, las diferencias prácticas entre los «programas de coordinación» y la Directriz de Urbanismo son principalmente dos:

Primero, una *flexibilidad* mucho mayor de los programas de coordinación, que alcanza a su misma existencia, pero sobre todo a su ámbito de aplicación, que parece que deberá comprender territorios incardinados en más de un municipio, aunque el término municipal deje de ser una unidad indivisible, pudiendo afectarse únicamente determinadas partes de los mismos. Por el contrario, la Directriz es un instrumento único para todo el territorio aragonés, aunque comprenda ámbitos de ordenación diferenciados.

Segundo, en cuanto a la *competencia* para su elaboración y tramitación, el programa de coordinación es un instrumento a disposición del Departamento de la Comunidad Autónoma competente en materia urbanística, elaborado sin ninguna intervención preceptiva del Departamento competente en materia de ordenación del territorio, aunque —igual que la Directriz— lo apruebe el Gobierno regional (art. 102).

IV. UN INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO CON FUNCIONES URBANÍSTICAS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA COMPARADA: LA SUSTITUCIÓN DE LAS NORMAS SUBSIDIARIAS PROVINCIALES POR LAS DIRECTRICES SUBREGIONALES DE LA LEGISLACIÓN DE CASTILLA Y LEÓN

La Comunidad Autónoma de Castilla y León presenta claras semejanzas con la de Aragón en cuanto a su realidad física, su baja densidad de población en las zonas rurales y en el alto número de municipios sin planeamiento urbanístico aprobado. Por ello puede resultar de utilidad examinar las soluciones que ha planteado el legislador de la región vecina, más teniendo en cuenta que el instrumento previsto al efecto —las Directrices Subregionales de ordenación del territorio— se ha materializado en varios ámbitos, desplazando de los mismos la aplicación de las antiguas Normas subsidiarias provinciales, que se siguen manteniendo transitoriamente en vigor en los ámbitos no ordenados mediante directrices.

1. La integración de los contenidos propios de las Normas subsidiarias de planeamiento de ámbito provincial en los instrumentos de ordenación del territorio

Las «Directrices Subregionales» castellanas aparecen formalmente como un instrumento de ordenación del territorio, incluido no en la legislación urbanística, sino en la Ley de ordenación del territorio (32), aunque su carácter sea inequívocamente mixto. Primero, debe tenerse en cuenta que lo que posteriormente serían dos leyes, dedicadas una a la ordenación del territorio y otra al urbanismo, iniciaron su andadura con la vocación de convertirse en un único texto legislativo. Sin embargo, para evitar los efectos de lo que sería la STC 61/1997, de 20 de marzo, que se barruntaba inminente, el Consejo competente acordó separar e independizar los trabajos prelegislativos relativos a ordenación del territorio, que se encontraban muy avanzados (33). Segundo, parte de las determinaciones son inequívocamente urbanísticas, como lo muestra además el examen de las normas subregionales ya aprobadas (34).

(32) Ley 10/1998, de 5 diciembre, de Ordenación del Territorio.

(33) SÁNCHEZ GOYANES y FERNÁNDEZ DE GATTA, 2000, 92-94.

(34) Únicamente se han aprobado las siguientes: Decreto 206/2001, de 2 de agosto, por el que se aprueban las Directrices de ordenación de ámbito subregional de Valladolid y Entorno; Decreto 74/2005, de 20 de octubre, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación de Ámbito Subregional de Segovia y Entorno; Decreto 6/2009, de 23 de enero, por el que se aprueban las Directrices de Ordenación de Ámbito Subregional de la provincia de Palencia. Están próximas a su aprobación definitiva las Directrices de Ordenación de Ámbito Subregional del Área Urbana de Burgos.

Aunque las Directrices Subregionales contengan aspectos propios de un clásico instrumento de ordenación del territorio, también incorporan aspectos que las singularizan respecto a otros instrumentos similares existentes en otras comunidades autónomas. En este sentido, a los contenidos más clásicamente ligados a la ordenación del territorio, unen una función de suplir la inexistencia de ordenación urbanística a nivel municipal (algo frecuente en Castilla y León y que supone un grave problema, particularmente en la periferia de las capitales de provincia), mediante las normas apropiadas *cuya aplicación se ve desplazada con la aprobación del planeamiento urbanístico municipal* (35). En los términos empleados por el propio legislador (Ley 10/1998, exposición de motivos, V):

«Posibilidad también importante, y en cierto modo estratégica, es la de *incluir normas urbanísticas subsidiarias de los planes municipales*. Con ello se pretende suplir la inexistencia de ordenación urbanística a nivel municipal, uno de los más graves problemas territoriales que se presentan en nuestra región, y que lo es en especial en la periferia de las grandes ciudades. Estas normas permitirán ordenar los usos del suelo en estos Municipios, sin que por ello se interfiera en la autonomía local, ya que su exigibilidad se deriva de los intereses supramunicipales, pero *su vigencia se extinguirá cuando el Municipio disponga de planeamiento propio*».

Puede llamar la atención el empleo del concepto de «vigencia», pero debe tenerse en cuenta que las Normas subsidiarias provinciales vigentes en Castilla y León fueron aprobados por la propia Administración de la Comunidad Autónoma tras el traspaso de competencias en materia de urbanismo. En este sentido pueden citarse como ejemplo, entre las que siguen íntegramente en vigor, las Normas subsidiarias provinciales de Soria, aprobadas por Orden de 4 de julio de 1991, las de Ávila, aprobadas por Orden de 9 de septiembre de 1997 o las de Zamora, aprobadas por Orden de 3 de junio de 1998, en todos los casos con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo.

En todo caso, resulta clara la filiación de uno de los contenidos más característicos de las Directrices Subregionales respecto de las tradicionales Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento de ámbito provincial. Este componente era una peculiaridad de las directrices de ordenación del territorio de Castilla y León (36); al menos, hasta la aparición de la Directriz de Urbanismo aragonesa. No obstante, un elemento destacado del instrumento castellano, que introduce una importante novedad respecto a la legislación estatal supletoria —novedad también incorporada, aunque de modo distinto, al

(35) SÁNCHEZ GOYANES y FERNÁNDEZ DE GATTA, 2000, 117.

(36) En este sentido, SÁNCHEZ GOYANES y FERNÁNDEZ DE GATTA, 2000, 117.

ordenamiento aragonés— es la *flexibilidad de su ámbito de aplicación, aunque haya una opción preferente por provincia o comarca, debiendo motivarse la opción por otros ámbitos.*

La razón de la similitud de las regulaciones castellana y aragonesa es por demás evidente: ambas regiones comparten el problema que supone la existencia de gran número de municipios sin planeamiento urbanístico, situación generada por el elevado número de municipios y la escasa población de muchos de ellos.

Los contenidos específicos de estas normas urbanísticas subsidiarias contenidas en las Directrices subregionales son dos: de modo necesario, la *clasificación* de suelo «según lo previsto en la legislación urbanística», a la que se remite; y la «normativa sobre uso del suelo», en este caso, sólo «cuando sea necesario», se entiende que a juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma (Ley 10/1998 art. 14.2, d), formulación que se reitera en la Ley, con una especificación añadida (art. 17.2, h):

«... estableciendo en los casos necesarios la normativa sobre uso del suelo, en especial en lo relativo a la *urbanización y edificación en suelo urbano y a la protección del suelo rústico*».

No obstante, debe señalarse que las normas contenidas en las Directrices subregionales castellanas —conforme a una fórmula que empieza a ser común en las legislaciones autonómicas— pueden producir tres tipos de efectos o, mejor, de eficacia: *vinculante*; obligatorias sólo en cuanto a los *objetivos*; finalmente, *orientativas*. Estos tres tipos de efectos pueden también producirse respecto a los elementos de la regulación urbanística que tengan referencia supramunicipal (37).

(37) Ley 10/98, art. 6. 3. «A tal efecto, las determinaciones de los instrumentos de ordenación del territorio deberán expresar en cada caso y de forma clara su grado de aplicación, calificándose como de aplicación plena, básica u orientativa:

a) Las determinaciones de *aplicación plena* serán siempre vinculantes, por lo que modificarán directamente los planes, programas de actuación y proyectos vigentes a los que resulten contrarias.

b) Las determinaciones de *aplicación básica* serán vinculantes en cuanto a sus *finés*, correspondiendo a las Administraciones competentes en cada caso establecer y aplicar las medidas concretas para su consecución.

c) Las determinaciones de *aplicación orientativa* tendrán carácter de *recomendaciones* dirigidas a las Administraciones públicas, que podrán apartarse de ellas justificando la compatibilidad de su decisión con los principios y objetivos de la Ordenación del Territorio establecidos en el artículo 2 de esta Ley».

2. Naturaleza territorial o urbanística: una cierta vuelta atrás en la reforma de 2008

En cuanto a las «Normas urbanísticas subsidiarias» contenidas en las Directrices subregionales, su eficacia es la típica de este tipo de instrumento urbanístico (38): son de aplicación inmediata en los municipios sin planeamiento, mientras que en los que cuenten con planeamiento se aplicarán para complementar éste (Ley 10/1998 art. 16.3); es decir, los dos efectos típicos de la subsidiariedad en nuestra tradición urbanística.

También producen otros efectos propios de los instrumentos urbanísticos de ordenación. Primero, legitiman las *expropiaciones* necesarias para su ejecución (Ley 10/1998 art. 16.2). Segundo, en el momento de someterse a información pública el proyecto de Directrices podrá *suspenderse el otorgamiento de licencias urbanísticas* de actividades y obras, por un periodo que podrá prolongarse hasta dos años (Ley 10/1998 art. 16.1). Con la reforma introducida por medio de la Ley 14/2006, de 4 diciembre, que reformó la Ley de ordenación del territorio dando nueva redacción, entre otros, al artículo anterior, *la posibilidad de suspensión se extendió a los instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística*.

La relación entre Normas subsidiarias provinciales y Directrices subregionales se aclara todavía más atendiendo a lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 10/1998 (39):

«Mientras no se aprueben Directrices de Ordenación de ámbito subregional sobre su ámbito de aplicación, las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal con ámbito provincial y los Planes de Conjunto aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley *continuarán vigentes, y podrá ser objeto de modificación conforme a los procedimientos establecidos al efecto en la legislación urbanística*. No obstante, cuando se produzcan circunstancias determinantes de su *revisión*, ésta se llevará a efecto por el procedimiento establecido para la elaboración y aprobación de Directrices de Ordenación de ámbito subregional».

Debe señalarse que, quizá debido a la rigidez que suponía la necesidad inicial de incorporar las nuevas «Normas urbanísticas subsidiarias» a un instrumento de ordenación del territorio complejo, como son las Directrices Subregionales, se ha dado recientemente un paso atrás en la integración de los instrumentos de ordenación del territorio y los urbanísticos, añadiendo flexibilidad, pero creando quizá una cierta confusión, e incluso posibles problemas de legalidad.

(38) AYALA, GAVILÁN y SÁNCHEZ GOYANES, 2005, 119-120.

(39) En la disposición transitoria segunda de la Ley 5/1999, de 8 abril, de urbanismo de Castilla y León se incorporó un texto muy similar y de significado equivalente.

La inicial norma transitoria transcrita *supra*, incorporada a la Ley de 1998 ha sido considerablemente abreviada con posterioridad en la Ley 4/2008, de 15 septiembre, de medidas sobre urbanismo y suelo, que incorpora una Disposición Transitoria sexta, relativa a la vigencia de las Normas Provinciales y de los Planes de Conjunto, que viene a derogar implícitamente la anterior:

«Las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal con ámbito provincial y los Planes de Conjunto que estén vigentes al entrar en vigor esta Ley, seguirán estándolo hasta que se apruebe un instrumento de ordenación del territorio o de planeamiento general sobre su ámbito de aplicación y, entre tanto, podrán ser modificados con el procedimiento previsto en el artículo 55 bis de la Ley de Urbanismo de Castilla y León».

Las consecuencias de este cambio se aprecian nítidamente en el desarrollo reglamentario. La disposición transitoria de 1998 se vería desarrollada inicialmente en la disposición transitoria segunda del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero, actualmente sustituida por la disposición transitoria segunda del Decreto 45/2009, de 9 de julio. En una y otra se calificaba esas subsistentes Normas subsidiarias de planeamiento como instrumentos de planeamiento urbanístico a todos los efectos. Las diferencias estriban en que, de acuerdo con el Decreto de 2004, la revisión de las Normas subsidiarias subsistentes sólo podía hacerse mediante el procedimiento previsto para las Directrices subregionales, mientras que ahora se establece que deberá seguirse el procedimiento «urbanístico» previsto para el «planeamiento supramunicipal» —es decir, Normas Urbanísticas Territoriales, Normas Urbanísticas de Coordinación, Planes Especiales que afecten a varios términos municipales o Planes Especiales que no se ajusten a las previsiones del planeamiento general— y, además, en que la sustitución de las antiguas Normas subsidiarias no se limita ya a las Directrices Subregionales o los planes generales urbanísticos, sino que se flexibiliza esa posibilidad, contemplando el desplazamiento por

«Directrices de Ordenación de ámbito subregional o bien por instrumentos de planeamiento general para cada Municipio, o mediante cualquier combinación de dichos procedimientos. La sustitución puede afectar sólo a una parte de su ámbito, en cuyo caso continuarán vigentes sobre el resto».

Entre las novedades de la profunda reforma del Reglamento urbanístico castellano realizada mediante el Decreto 45/2009 está la «recreación» o «reintroducción» de las Normas subsidiarias de planeamiento de ámbito provincial, con la denominación ya citada de «Normas Urbanísticas Territoriales», reguladas —junto con las «Normas Urbanísticas de Coordinación»— en un nuevo capítulo III bis que incluye los artículos 130 bis a 130 quater. El ámbito ya no tiene que ser provincial, sino que se referirá a uno o varios municipios

sin planeamiento general o normas urbanísticas, abriéndose un amplio abanico de posibilidades a la hora de darles contenido. Como determinaciones mínimas deberán contener la *catalogación* de los elementos que merezcan ser protegidos, conservados o recuperados; las condiciones concretas de *ordenación, urbanización, edificación o uso* en cualquier clase de suelo; y, las normas de protección en *suelo rústico*, así como las condiciones para la dotación de servicios a los usos permitidos y sujetos a autorización en esa clase de suelo. Sin embargo, las posibilidades abiertas son muchas, pudiendo incluirse *también* determinaciones como la clasificación del suelo; las dotaciones urbanísticas (vías públicas, servicios urbanos, espacios libres públicos, equipamientos públicos y, en su caso, espacios protegidos); la protección del patrimonio cultural; la delimitación de ámbitos de planeamiento especial; la calificación urbanística en suelo urbano consolidado; o la relación de construcciones, instalaciones y demás usos del suelo que se declaren fuera de ordenación de forma expresa, entre otras.

Por lo demás, el carácter de instrumento de ordenación urbanística de las Normas urbanísticas subsidiarias contenidas en las Directrices Subregionales está también expresamente recogido en el articulado de la normativa reglamentaria de desarrollo de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León. En la disposición final segunda del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, en su versión original, ya se afirmaba tal carácter cuando «incluyan todas o algunas de las determinaciones citadas en el Título II [el dedicado a «planeamiento urbanístico»] de este Reglamento, tendrán la consideración de instrumentos de planeamiento urbanístico, a todos los efectos» (40).

Las Directrices subregionales son aprobadas por Decreto, pero la iniciativa —y, puede entenderse, su elaboración— puede ser realizada, además de por la Administración de la Comunidad Autónoma, por la Diputación Provincial, el Consejo Comarcal (41) para sus respectivos ámbitos o los Ayuntamientos

(40) Tras la reforma realizada por medio del Decreto 45/2009, de 9 julio, la aplicación de la normativa urbanística a los instrumentos de ordenación del territorio se ha ampliado considerablemente. En el art. 10 del Decreto de 2009 se da nueva redacción a la disposición adicional segunda, en estos términos: «...incluyan entre sus determinaciones las que procedan entre las previstas en los Títulos II, III, IV y V de este Reglamento, tendrán respectivamente la consideración de instrumentos de planeamiento urbanístico, gestión urbanística, intervención en el uso del suelo o intervención en el mercado de suelo, a los efectos de lo dispuesto en la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León y en este Reglamento».

(41) Pese a aparecer las comarcas mencionadas en el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, el único Consejo Comarcal constituido hasta la fecha es el de la comarca de El Bierzo, hace casi dos décadas (por Ley 1/1991, de 14 de marzo, de las Cortes de Castilla y León, de creación y regulación de la Comarca de El Bierzo), no habiendo perspectivas de que se vaya a reconocer a otros entes similares (GARCÍA ÁLVAREZ, 2005, 83).

que representen más de un cincuenta por ciento de la población y superficie del ámbito propuesto por ellos mismos (Ley 10/1998 art. 18.1).

La aprobación de las Directrices Subregionales es *a priori* más sencilla que la del instrumento al que se hallan jerárquicamente subordinadas, las Directrices de Ordenación del Territorio de Castilla y León, que han de aprobarse por Ley. Probablemente por ello en la Ley 10/1998 se prevé su existencia independiente, como instrumento originario (42). De hecho, dos directrices subregionales habían sido ya aprobadas en el momento de la promulgación de la Ley 3/2008, de 17 de junio, de aprobación de las Directrices Esenciales de Ordenación del Territorio de Castilla y León.

La elaboración y aprobación de las Directrices Subregionales se ha mostrado extraordinariamente laboriosa: las primeras en aprobarse fueron las correspondientes a Valladolid y Entorno, que comprenden veintitrés términos municipales en la zona económicamente más dinámica de la región, cuya elaboración se había iniciado en 1995 (43), antes incluso de la aprobación de la Ley 10/1998, de Ordenación del Territorio, y que sólo culminarían en 2001, en que fueron aprobadas por Decreto 206/2001, de 2 de agosto. De los trabajos iniciados tras la aprobación de la Ley el primero en culminar serían los de Segovia y Entorno, Directrices aprobadas por Decreto 74/2005, de 20 de octubre.

Por otra parte, sólo en un caso su ámbito ha sido el provincial (en el caso de Palencia, cuyas directrices se aprobaron por Decreto 6/2009, de 23 de enero). En los otros —los dos aprobados para los entornos de Valladolid y Segovia, más el próximo a aprobarse para el Alfoz de Burgos—, el objeto de las Directrices ha sido el entorno metropolitano de las ciudades más dinámica económica y urbanísticamente, por lo que en la mayor parte del territorio siguen aplicándose las antiguas Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento de ámbito provincial.

3. Conclusiones

El carácter mixto o fronterizo del planeamiento supramunicipal, especialmente cuando éste abarca ámbitos comarcales o provinciales, es indiscutible. Resulta por ello lógica la opción adoptada tanto por el legislador aragonés como el castellano y leonés de incluir los contenidos propios de las tradicionales

(42) Disposición transitoria primera: «Mientras no se aprueben las Directrices de Ordenación del Territorio de Castilla y León, podrán elaborarse y aprobarse Directrices de Ordenación de ámbito subregional, que deberán en todo caso respetar los principios y objetivos establecidos en esta Ley. En los mismos términos podrán promoverse y aprobarse planes y proyectos regionales».

(43) SÁNCHEZ GOYANES y FERNÁNDEZ DE GATTA, 2000, 121-122.

Normas subsidiarias de planeamiento de ámbito provincial en un instrumento de ordenación del territorio. En esto, ambos ordenamientos se muestran próximos, pero a partir de ahí empiezan las diferencias.

La opción del legislador castellano fue desde el principio más flexible que la del aragonés. No en cuanto a la determinación de los ámbitos de aplicación de las futuras normas urbanísticas subsidiarias, pues en uno y otro caso se prescinde del antiguo ámbito provincial, permitiendo la delimitación conforme a la realidad física, social, económica, que van a determinar los problemas urbanísticos, aunque en Castilla y León sí se hace una opción explícita en el nivel legislativo a favor de los ámbitos provincial o comarcal, obligando a justificar explícitamente otras delimitaciones espaciales.

El mayor grado de flexibilidad se da en cuanto a que en el ordenamiento castellano se prevé la sustitución paulatina de las antiguas Normas urbanísticas subsidiarias por las contenidas en las nuevas Directrices Subregionales, aprobadas antes o después en función de la urgencia de los problemas urbanísticos y territoriales en general y de la facilidad de llegar a acuerdos para resolverlos. Mientras, las Normas subsidiarias provinciales no sólo se mantienen, sino que pueden ser adaptadas mediante su modificación. Por el contrario, en Aragón, aunque la delimitación de los ámbitos de ordenación presente similitudes con un mosaico, deberá aprobarse un instrumento único, la Directriz de Urbanismo, que aporte soluciones para todos los ámbitos del territorio aragonés, aplicándose íntegramente en cualquier municipio sin planeamiento.

La mayor flexibilidad del ordenamiento castellano en este punto resulta tanto más destacable cuanto que, recientemente, en 2009, se ha dado un paso más en su flexibilización, que lo separa todavía más de la legislación aragonesa. Ese paso ha sido la reintroducción por vía reglamentaria de un instrumento urbanístico en la línea de las tradicionales Normas subsidiarias provinciales, con el nombre de «Normas Urbanísticas Territoriales», que se aprobarán para uno o varios municipios sin planeamiento general o normas urbanísticas municipales —una suerte de plan general simplificado—, pudiendo llegar a un considerable grado de detalle o mantenerse en una mayor generalidad, como se ha expuesto, además de sujetar la revisión de las existentes Normas subsidiarias provinciales a procedimientos urbanísticos y no necesariamente territoriales. Este medida de flexibilización —que comporta también una considerable duplicidad y una cierta inseguridad jurídica— ha sido adoptada inequívocamente debido a una experiencia aplicativa que ha mostrado la dificultad de elaborar y aprobar las Directrices Subregionales, lo que ha lleva a que, pese a la previsión legal de que en un plazo de cinco años desde la aprobación de la Ley 10/1998 hubiera debido aportarse toda la documentación técnica necesaria para la aprobación de las Directrices Subregionales

que abarcasen todo el territorio de la Comunidad Autónoma (44), hasta ahora sólo cuatro de estos instrumentos han sido aprobados.

V. UN INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA SUPRALOCAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA COMPARADA: LAS «NORMATIVAS DIRECTORAS PARA LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA» DE LA LEGISLACIÓN ANDALUZA

La comparación de los textos respectivos de la aragonesa Ley 3/2009 y de la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, art. 20 a 22, pone en evidencia el estrecho parentesco entre la Directriz aragonesa y las Normativas Directoras andaluzas y, en consecuencia, el interés de examinar ese antecedente que proporciona el Derecho autonómico comparado.

Sin embargo, la comparación sólo puede realizarse a nivel legislativo, porque las «normativas directoras» permanecen inéditas hasta la actualidad, sin que haya noticias de que se haya iniciado ni siquiera la tramitación de ningún procedimiento. Tampoco hay perspectivas de que se inicie la elaboración de ninguno de estos instrumentos, puesto que la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía parece haberse centrado en la elaboración de los «planes subregionales de ordenación del territorio», ya aprobados o cerca de su aprobación en la mayor parte de los territorios sometidos a presión urbanística y cuya existencia habría venido a convertir en redundante la eventual aprobación de «normativas directoras».

1. Antecedentes y tramitación parlamentaria

Como en Aragón, en Andalucía han subsistido con carácter transitorio las Normas complementarias y subsidiarias provinciales. Ahora bien, aunque las Normativas Directoras han venido a sustituir a las Normas subsidiarias provinciales, se han señalado importantes diferencias de las Normativas Directoras respecto a sus precedentes, como un rango superior al plan al que suplen o complementan, la inexistencia de una finalidad supletoria o el hecho de que

(44) Ley 10/1998, disposición adicional tercera: «En el plazo máximo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley, la Consejería competente en materia de Ordenación del Territorio deberá elaborar la documentación necesaria para iniciar, conforme a lo establecido en los artículos 17 y 18, el procedimiento de aprobación de Directrices de Ordenación de ámbito subregional sobre todo el territorio de la Comunidad. A tal efecto se entenderá como ámbitos prioritarios la provincia y en especial los entornos de sus capitales, de forma que se asegure la existencia de una ordenación territorial de nivel subregional que oriente a la planificación sectorial y urbanística, así como a los instrumentos de ordenación del territorio más detallados que fueran necesarios para resolver problemas específicos».

no tengan carácter comarcal o provincial, pues su ámbito es o puede ser mayor o, al menos, distinto (45). Es importante resaltar que no existe en la normativa andaluza un ámbito expresamente establecido, lo que deja un gran margen de apreciación a la Administración, contrariamente a lo que sucede en la legislación aragonesa, en que se impone la existencia de una Directriz de Urbanismo única para todo el territorio aragonés, aunque deban existir ámbitos de ordenación diferenciados en la misma.

El primer antecedente de las «normativas directoras» estaría en el «Reglamento orientativo de las distintas zonas de ordenación urbanística» previsto en el art. 14 de la ya derogada Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad urbanística de Valencia (46). En todo caso, no sería un precedente aislado, sino que la fuente de inspiración de la regulación andaluza se encontraría las llamadas «Normas técnicas de planeamiento» y en las «Instrucciones técnicas de planeamiento» contempladas con diversas variantes, entre otras, en las legislaciones urbanísticas de comunidades autónomas como Cataluña, Canarias, Castilla y León (47), Castilla La Mancha (48), La Rioja (49), Navarra, Galicia o Valencia (50), más que en otro tipo de instrumentos urbanísticos de ordenación supramunicipal (51). De las anteriores, la regulación más detallada de ambas figuras puede encontrarse en la legislación canaria, en la que se distingue muy claramente entre «normas técnicas», con carácter vinculante, e «instrucciones técnicas», meras recomendaciones (52). En consecuencia, la existencia de este tipo de instrumentos puede adscribirse a las legislaciones autonómicas que siguen el llamado «modelo valenciano» o han sido fuertemente influidas por él, aunque no únicamente a ellas.

La inclusión de las «Normativas Directoras» resultó polémica desde un primer momento: el propio Ministerio de Fomento advirtió sobre la posible inconstitucionalidad de la figura de las Normativas, tal y como ésta se contem-

(45) CARRILLO, 2009, 1.

(46) MARTÍNEZ y PAREJO, 2003, 298.

(47) Disposición Adicional 4ª de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León y art. 78 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

(48) Decreto Legislativo 1/2010, de 18 mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, art. 15. En esta comunidad se ha aprobado el Decreto 178/2010, de 1 de julio, por el que se aprueba la Norma Técnica de Planeamiento para homogeneizar el contenido de la documentación de los planes municipales.

(49) Ley riojana 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y el urbanismo, art. 113.

(50) Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, art. 40.

(51) CARRILLO, 2009, 2.

(52) Vid. los art. 29 y 30 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que refunde la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias, y la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias.

plaba en el Anteproyecto, por la posibilidad de que atentase a la autonomía local (53). Esto y las intervenciones de los grupos parlamentarios de la oposición probablemente llevase a un resultado final en el que, por medio de la aceptación de las enmiendas del Grupo de Izquierda Unida, se evolucionó en el sentido de dotar a las Normativas del carácter de meras recomendaciones y de fomentar la participación de los Municipios y entidades representativas en su formulación. Pese a ello, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, que ya había expresado su oposición al Anteproyecto, intentó recabar apoyos para plantear un recurso para la defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional, lo que finalmente no se produjo por no alcanzarse las mayorías exigidas en el art. 75 *ter* de la LOTC. En todo caso, el resultado de la tramitación parlamentaria fue una significativa pérdida de «fuerza normativa» respecto al planteamiento inicial, alejándose significativamente de otros modelos autonómicos, especialmente por la imposibilidad de fijar directamente estándares de ordenación ni determinaciones urbanísticas de directa aplicación sobre los usos o intensidades de uso del suelo (54).

2. Régimen jurídico

Ciertamente, una primera diferencia muy evidente entre la Directriz aragonesa y las Normativas andaluzas es que éstas tienen un carácter meramente urbanístico y no mixto con la ordenación del territorio, como en el caso aragonés, aunque por otro lado sí presentan entre sí similitudes evidentes: un ámbito supramunicipal y una aplicación vinculante o subsidiaria en función de los distintos municipios.

En el art. 20.2 de la Ley andaluza se alude a su carácter supramunicipal. Por otra parte, de su naturaleza y regulación se deduce claramente que obligatoriamente tienen que tener un ámbito supramunicipal, aunque no necesariamente deberán englobar municipios contiguos: parece claro que podrán aprobarse para determinados tipos de municipios en función de algún criterio cualitativo o sectorial, como su relevancia territorial, su carácter costero, u otros.

Las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística son formuladas por el Consejero competente en materia urbanística y aprobadas por la Junta de Andalucía en forma de disposición de carácter general. Dichas Normativas tendrán un contenido variable dependiendo de su finalidad, ámbito de aplicación y planeamiento urbanístico existente en el mismo, aunque la Ley se refiere a los siguientes aspectos:

(53) CARRILLO, 2009, 6.

(54) CARRILLO, 2009, 8-9 y 14.

Primero, como regla general, *recomendaciones*, que tendrán la eficacia propia de normas de carácter indicativo y orientativo para la acción municipal en materia de urbanismo.

Segundo, *directrices*, con la eficacia de normas vinculantes *en cuanto a sus fines y resultados*, pero no a las concretas actuaciones, puesto que queda a la disposición de los municipios la adopción de las medidas más idóneas para conseguir esos fines en cada caso.

Tercero, excepcionalmente podrán contener normas de directa aplicación, es decir, *normas sustantivas de ordenación de aplicación y eficacia directas* para los municipios que no cuenten con Plan General de Ordenación Urbanística (que mientras tanto seguirán rigiéndose por las Normas subsidiarias provinciales, transitoriamente en vigor).

Es preciso destacar que esa estructura normativa se sale de lo habitual en los instrumentos urbanísticos, aunque es bastante habitual en los instrumentos de ordenación del territorio, lo que introduce algunas dudas en cuanto a la auténtica naturaleza de este instrumento de ordenación. Es claro que las normas urbanísticas condicionan directamente la actividad privada, configurando el régimen de propiedad del suelo, mientras que los instrumentos de ordenación del territorio vinculan o simplemente condicionan las decisiones a tomar por la Administración en los planes urbanísticos u otros planes sectoriales.

Las «Normativas directoras» andaluzas ocupan una posición jerárquica intermedia entre la Ley de ordenación de la actividad urbanística y sus Reglamentos ejecutivos y la potestad reglamentaria municipal, lo que se deduce claramente del art. 23 de la propia Ley:

«Las Ordenanzas Municipales de Edificación y las de Urbanización tienen por objeto completar la ordenación urbanística establecida por los instrumentos de planeamiento en contenidos que no deban formar parte necesariamente de ellos conforme a esta Ley, de forma coherente y compatible con sus determinaciones y, en su caso, con las correspondientes Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística».

En todo caso, se ha señalado que su función principal es limitar o, al menos, condicionar la discrecionalidad del planificador urbanístico. De aprobarse en el futuro las «normativas directoras», los municipios se verán obligados a motivar el apartamiento de las recomendaciones que se contengan en ellas, además de la más que previsible utilización de sus contenidos por el Departamento de la Comunidad Autónoma competente en materia de urbanismo como parámetro de control del Plan a los efectos de su aprobación definitiva, amparándose para ello en el art. 33 de la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía (55). También se ha señalado como

(55) CARRILLO, 2009, 15.

función el fomento de la homogeneidad de la normativa urbanística, evitando las distintas soluciones para cuestiones idénticas en cada uno de los municipios andaluces (56).

La semejanza con las Directrices aragonesas son evidentes, puesto que ambos instrumentos de ordenación presentan contenidos de eficacia vinculante u orientativa en atención al ámbito territorial en el que se aplican. No obstante, en la elaboración de las Normativas Directoras andaluzas existe la posibilidad de mayores matices a la hora de desarrollar sus efectos vinculantes, pudiendo adoptar la forma de directrices (vinculación en relación a los fines y resultados) o de normas de directa aplicación (para los municipios sin planeamiento). Sin embargo, esto no impide la consideración de esta figura urbanística como antecedente normativo directo de las Directrices aragonesas si tenemos en cuenta la práctica equivalencia que existe entre ambas figuras en lo que se refiere a sus contenidos y finalidades. Para ello basta la mera comparación literal entre los artículos 83 de la Ley 3/2009 y 21.1 de la Ley andaluza, que pone en evidencia las semejanzas de los tenores literales a la hora de fijar los contenidos:

a) el establecimiento de «soluciones-tipo para las cuestiones que se plantean con mayor frecuencia en la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico» [art. 83, a) de la Ley 3/2009 y 21.1, a) de la Ley andaluza];

b) el diseño de «modelos de regulación de las diferentes zonas de ordenación o de los aprovechamientos más usuales en la práctica urbanística, cualquiera que sea la clasificación del suelo» [art. 83, b) de la Ley 3/2009 y 21.1, b) de la Ley andaluza].

En otros preceptos de la Ley andaluza, se precisan algunos supuestos concretos de «modelos de regulación. En este sentido, en el art. 13.3 se prevé que los *Planes Parciales* contengan, junto a la delimitación de las zonas de ordenación urbanística, con asignación de los usos pormenorizados y tipologías edificatorias, «su regulación mediante ordenanzas propias o por remisión a las correspondientes Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, respetando las densidades y edificabilidades máximas asignadas al sector en el Plan General de Ordenación Urbanística». En el mismo sentido, en la Disposición adicional primera, 2 se señala que «el instrumento de planeamiento definirá, teniendo en cuenta la modulación expresada en el artículo 34.b sin perjuicio de las recomendaciones que se establezcan por las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, el contenido de la situación legal de fuera de ordenación y, en particular, los actos constructivos y los usos de que puedan ser susceptibles las correspondientes construcciones o edificaciones e instalaciones».

(56) MARTÍNEZ y PAREJO, 2003, 298.

En la Ley andaluza, estos «modelos de regulación» tendrán generalmente el carácter de recomendaciones, pudiendo remitirse a las mismas los instrumentos de ordenación urbanística. Sin embargo, de forma excepcional y justificadamente, podrán tener el carácter de normativa de aplicación directa hasta que los respectivos municipios se doten del correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico (art. 21.1.b). En la legislación aragonesa forman parte tanto del marco normativo de referencia, como del marco normativo subsidiario.

c) la fijación de «requisitos de calidad urbanística de la ordenación» [art. 83, c) de la Ley 3/2009 y 21.1, c) de la Ley andaluza], habiendo desaparecido la posibilidad que se preveía en el Anteproyecto de fijar estándares urbanísticos.

d) la modulación de las «determinaciones que hayan de contener los Planes Generales de Ordenación Urbanística, en desarrollo de la regulación legal y reglamentaria, en atención a la caracterización de los municipios en el sistema de ciudades de» Aragón, en un caso, y Andalucía, en el otro [art. 83, d) de la Ley 3/2009 y 21.2 de la Ley andaluza].

Esta previsión ha de ponerse en relación con las determinaciones del Plan General en función de cada tipo de Municipio, en los términos que prevé el art. 10 de la Ley andaluza, respecto a los municipios de relevancia territorial (57) y al llamado «sistema de ciudades», en el que se definen tres niveles de redes: centros regionales, que agrupan a las capitales de Provincia y a los grandes núcleos urbanos; ciudades medias y áreas rurales, para las que el POTA propone la implantación de servicios de carácter supramunicipal (58).

e) la incorporación de «prescripciones técnicas para elaborar la documentación de los diferentes instrumentos de planeamiento» [art. 83, e) de la Ley 3/2009 y 21.3 de la Ley andaluza]. En la legislación andaluza pueden tener el carácter de directrices o de recomendaciones. Este precepto aparece más detallado en el art. 19.3 de la propia Ley, en el que se establece lo siguiente:

«Reglamentariamente se precisarán los documentos de los diferentes instrumentos de planeamiento y su contenido. Las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística contendrán, con carácter de recomendaciones, prescripciones técnicas para la elaboración de dichos documentos»

(57) Decreto 150/2003, de 10 de junio, por el que se determinan los municipios con relevancia territorial a efectos de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía.

(58) El sistema de ciudades aparece mencionado en el art. 7.1, b) de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esta mención ha sido desarrollada en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, aprobado por el Decreto 206/2006, de 28 de noviembre (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 29 de diciembre de 2006), ordenando las poblaciones en las tres categorías referidas.

No se ha dado cumplimiento a este precepto, aunque un primer avance en este sentido fue la Resolución de la Dirección General de Urbanismo de la Junta de Andalucía de 3 de diciembre de 2003 por la que se aprueban los Pliegos de Prescripciones Técnicas para la elaboración de los Planes Generales de los municipios con relevancia territorial (59).

Contrariamente a lo que sucede con la Directriz en la normativa aragonesa, las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística tienen que tener alguna de las cuatro finalidades que se contienen en el art. 21 de la Ley, con carácter tasado, aunque existan especificaciones de las mismas en otros preceptos de la LOUA. Esta limitación de finalidades no estaba establecida en el Anteproyecto inicial, por lo que puede deducirse que el cambio obedece a un mayor respeto de la autonomía local (60).

f) En las «Normativas directoras» andaluzas también se contendrán «recomendaciones» dirigidas a «definir tipos de actividades que, por su objeto, sean susceptibles de ser consideradas Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable» (art. 21.4), lo que tiene como referencia lo regulado en los arts. 42 y ss de la Ley andaluza sobre dicho tipo de actuaciones, en línea con lo que ha sido nuestra tradición urbanística en este tipo de cuestiones. En la legislación aragonesa, en cambio, este tipo de previsiones aparecen en el denominado «marco normativo subsidiario» (Ley 3/2009 art. 84), en el que deberá figurar «la identificación y definición de los tipos de actividades que, por su objeto, sean susceptibles de ser autorizadas en terrenos a los que corresponda la clasificación de suelo no urbanizable». Es decir, en la legislación aragonesa aparece como prescripción vinculante para los municipios sin planeamiento general, pero no en el «marco normativo de referencia», al que se asimilarían las recomendaciones de las normativas directoras en Andalucía.

3. Normativas directoras y planes de ordenación del territorio

En la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía no se prevé ningún tipo de coordinación entre las «normativas directoras» y los diversos planes de ordenación del territorio previstos en la Ley 1/1994, de 11 de enero, de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esto ha llevado a que tempranamente se señalase la posibilidad de colisión de las «normativas directoras» con los Planes Subregionales de Ordenación del Territorio, regulados en los art. 10 a 16 de la Ley 1/1994,

(59) Puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.juntadeandalucia.es/viviendayordenaciondelterritorio/www/servlet/descargacopi?up=4981>

(60) CARRILLO, 2009, 11.

de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con cuyas funciones se solapan (61).

Como ya se ha señalado, el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía fue aprobado por el Decreto 206/2006, de 28 de noviembre. No obstante, el desplazamiento de las «normativas directoras» deriva fundamentalmente de los Planes Subregionales.

En materia de Planes Subregionales se ha hecho un considerable esfuerzo por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, estando aprobados o en tramitación administrativa a finales de 2009 planes que abarcaban la totalidad del litoral, aparte de determinadas zonas del interior. Si se suman los que se hallan en estudio, de acuerdo con los datos proporcionados por la propia Junta de Andalucía, los planes subregionales abarcarían zonas que suponen el 47,84 de la superficie, que comprenden al 50,06 de los municipios y en las que reside el 83,57 % de la población (62). Aunque pasase bastante tiempo desde la promulgación de la Ley de ordenación del territorio en 1994, hasta que se aprobaron los primeros planes (puede destacarse el Decreto 250/1998, de 10 de diciembre, de aprobación del Plan de ordenación del territorio de la aglomeración urbana de Granada), el proceso se ha acelerado después de la aprobación de la Ley de ordenación urbanística en el 2002 (año al que corresponde el Decreto 222/2002, de 30 de julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Poniente de la provincia de Almería), habiéndose aprobado los más importantes entre los años 2006 y 2009 (63), lo que evidencia una voluntad política dirigida a los instrumentos de ordenación del territorio, no a las Normativas Directoras.

Estos planes tienen un carácter jerárquicamente superior al planeamiento urbanístico y sus determinaciones se refieren a la protección del territorio, recogiendo los espacios protegidos por la legislación sectorial o por el propio plan territorial y la prevención de riesgos; la estructura del territorio y los sistemas de articulación, abarcando el sistema de asentamientos, el sistema de comunicaciones y transportes, las infraestructuras básicas y la red de espa-

(61) GUTIÉRREZ COLOMINA, 2004.

(62) Una panorámica de los planes subregionales, con amplia información, puede obtenerse consultando la siguiente dirección electrónica: http://www.juntadeandalucia.es/viviendayordenacion-delterritorio/www/jsp/estatica.jsp?pma=1&ct=11&pmsa=2&e=ordenacion_territorio/planes.html

(63) Pueden destacarse el Decreto 213/2006, de 5 de diciembre de 2006, que aprueba el Plan de ordenación del territorio de la aglomeración urbana de Málaga, el Decreto 130/2006, de 27 de junio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva, el Decreto 142/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga o, finalmente, el Decreto 267/2009, de 9 de junio por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Sevilla.

cios libres de interés supramunicipal; y la ordenación de usos en el territorio, especialmente los usos productivos de interés supramunicipal, las «áreas de oportunidad» y la ordenación del uso agrícola,

Aunque prevalecen sobre el planeamiento urbanístico y otros planes con incidencia territorial, como ya se ha señalado, presentan determinaciones con diferentes caracteres en cuanto a sus efectos, con una estructura coincidente con la de las «normativas directoras»: «normas de aplicación directa», vinculantes para las Administraciones Públicas y para los particulares, en los suelos urbanizables y no urbanizables; «directrices», vinculantes en cuanto a sus fines, debiendo las Administraciones a las que corresponda su aplicación establecer las medidas concretas para su consecución; y «recomendaciones», de carácter indicativo, dirigidas a las Administraciones públicas que, en caso de apartarse de las mismas, deberán motivar la decisión adoptada y su compatibilidad con los objetivos de la Ordenación del Territorio.

La combinación de contenidos y estructura se solapan claramente y dado el esfuerzo dirigido a la elaboración de los planes subregionales y su carácter jerárquicamente superior, se ha dejado muy poco espacio para las «normativas directoras» urbanísticas.

4. Conclusiones

La experiencia andaluza muestra claramente la dificultad de deslindar los campos o mejor, las funciones respectivas de instrumentos de ordenación del territorio, como las directrices o planes «subregionales» o «especiales» de ordenación del territorio, de los instrumentos urbanísticos de ordenación supramunicipal, puesto que unos y otros inevitablemente mezclan contenidos urbanísticos, ambientales o de estructura regional. Por ello, unos y otros son redundantes en gran medida, tanto en sus contenidos como en sus efectos, habiéndose generalizado la escala de normas vinculantes (en ocasiones, sólo en los municipios carentes de plan general), directrices vinculantes en cuanto a los objetivos, pero flexibles en cuanto a su articulación concreta, y meras recomendaciones, susceptibles de ser incorporadas o ignoradas por el planeamiento municipal, aunque existirá un deber de motivación en este segundo caso e, implícitamente, constituirán un parámetro de validez del proyecto de plan general.

A partir de estos datos, la opción por unos y otros instrumentos es fundamentalmente política, pues ambos tipos de planes pueden cubrir adecuadamente los objetivos de ordenación perseguidos. En Andalucía, el carácter polémico de las «Normativas Directoras», que se vieron desde un primer momento como una amenaza para la autonomía local, llevó primero a una pérdida de contenidos y, sobre todo, de fuerza normativa durante la tramitación parla-

mentaria, lo que ha podido ser muy bien la causa principal de su inaplicación en un momento posterior.

Sin embargo, las legislaciones autonómicas estudiadas coinciden en la flexibilidad en cuanto a la delimitación de los ámbitos de ordenación, que en algunos casos responderán a la existencia de regiones naturales derivadas de la geografía física, pero en otras ocasiones responde a circunstancias fundamentalmente económicas. La heterogeneidad de los ámbitos ordenados por los planes subregionales andaluces es claramente una muestra de ello.

VI. RÉGIMEN LEGAL DE LA DIRECTRIZ ESPECIAL DE URBANISMO ARAGONESA

1. Caracterización general

El legislador aragonés, al caracterizar la «directriz especial de urbanismo» en la exposición de motivos de la Ley 3/2009 (V, párrafo segundo) pone el énfasis en su carácter voluntario, utilizando locuciones como «instrumento construido desde la voluntariedad» o haciendo referencia a la «voluntaria adhesión» de los municipios. Es más, en la exposición de motivos *no se hace ninguna mención a contenidos vinculantes*, sino que el énfasis se pone en la complementariedad entre los instrumentos de ordenación cuya elaboración corresponde al municipio y la directriz, siendo el párrafo más significativo el siguiente:

«La directriz especial de urbanismo aparece configurada como un instrumento *construido desde la voluntariedad*, al que *podrán incorporarse* los municipios sin renuncia alguna a su potestad de ordenación urbanística, que conservarán en plenitud. Constituyen, pues, un marco general que, en unión de la documentación gráfica pertinente, de incumbencia municipal, completaría la ordenación urbanística precisa en un municipio. Su virtualidad práctica dependerá únicamente de la capacidad de transmitir su significado y su concepción como *resultado de la unión de esfuerzos y la voluntaria adhesión al sistema de todos los municipios*».

La voluntariedad residirá, aunque no se diga en la exposición de motivos, en la *elaboración o no de un plan general*, porque la carencia de este instrumento determinará la aplicación en bloque de los contenidos de la directriz. En consonancia con ello, al hablar del régimen urbanístico simplificado aplicable a los pequeño municipios, se hace referencia para los municipios con plan general simplificado a la «posibilidad de remitirse a directriz especial de urbanismo» (exposición de motivos, IX, párrafo tercero). Esa posibilidad de remisión entronca directamente con el régimen «complementario» de las vigentes Normas complementarias y subsidiarias del planeamiento de ámbito provincial de Zaragoza, Huesca y Teruel, cuya vigencia se mantiene hasta

que sean «sustituidas» por la «directriz especial de urbanismo» (Ley 3/2009, disposición transitoria primera). Incluso el propio término de «sustitución» viene a sugerir una equivalente posición en el sistema de fuentes del ordenamiento urbanístico.

Este carácter voluntario aparece de nuevo al caracterizar en la exposición de motivos (V, párrafo cuarto) la «norma técnica de planeamiento» que, se dice, «en unión de la directriz especial de urbanismo, [es] el instrumento que aspira a convertirse en el *marco técnico* que simplifique el sistema de planeamiento urbanístico en Aragón».

Sin embargo, el examen del articulado de la Ley nos obligará a matizar la voluntariedad de los contenidos de la directriz.

2. El establecimiento de un marco normativo subsidiario

El llamado en la Ley 3/2009 «marco normativo subsidiario» es el que más claramente entronca con la tradición urbanística española y con el sentido y función primordiales de las Normas subsidiarias provinciales. La principal novedad en este campo es que se prescindía de las demarcaciones administrativas, que son sustituidas por «zonas o sistemas funcionales» (art. 82), aunque no se trate de una novedad absoluta, porque con el único apoyo de las normas urbanísticas estatales actualmente supletorias se han redactado numerosos planes comarcales, aún sin la existencia de la comarca como realidad administrativa, sino únicamente física o económica.

Su campo de aplicación serán los municipios que carezcan de plan general de ordenación urbana (art. 82.1, c), en los que los contenidos subsidiarios de la directriz de urbanismo serán vinculantes o de aplicación imperativa, «salvo que específicamente se establezca lo contrario» (art. 85.2, c), hay que suponer que en la propia directriz. Es decir, que ante la ausencia de plan general, las previsiones de la directriz ocuparán su lugar en el sistema de fuentes del ordenamiento urbanístico, siendo aplicables con en los mismos términos —con idéntica imperatividad y con las mismas limitaciones— que las previsiones de una plan general. Esta es la solución lógica y la más acorde con nuestra tradición urbanística, puesto que de la normativa estatal de aplicación subsidiaria también se desprende claramente esa solución (TRLS de 1976 art. 70.4):

«Dichas normas se desarrollarán, en todo caso, dentro de los límites señalados por esta Ley para los Planes de Ordenación».

No obstante, no tendría sentido que en los casos de falta de vinculación previstos en la directriz fuese el aplicador, a la hora de resolver solicitudes particulares, el que decidiese discrecionalmente si aplicar o no la directriz, ni

podría ésta prever tal posibilidad sin contradecir la propia Ley 3/2009, en la que no sólo se establece el obligatorio cumplimiento de «planes, normas y ordenanzas urbanísticas» (art. 72.1), sino que se prohíben expresamente las excepciones o dispensas (art. 72.2):

«Serán nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieren en los planes, normas y ordenanzas urbanísticas, así como las que, con independencia de ellos, se concedieren».

En consecuencia, lo único que podrá establecerse en la Directriz de Urbanismo es su desplazamiento, en determinados contenidos, por instrumentos de ordenación distintos del plan general, como podrían ser unas ordenanzas urbanísticas municipales. Recuérdese que del art. 90, b) del Reglamento de Planeamiento Urbanístico de 1978 se desprende, *sensu contrario*, que las normas subsidiarias provinciales no resultaban de aplicación en los municipios que contasen con proyecto de delimitación de suelo urbano y ordenanzas de edificación y uso del suelo. Esa previsión no resulta aplicable en sus propios términos en el territorio aragonés, pero es una indicación del sentido probable de los términos de la Ley: el desplazamiento de la directriz no se produce automáticamente por la aprobación de unas ordenanzas urbanísticas, pero en la directriz sí se puede prever ese efecto para algunos de sus contenidos.

En cuanto a los contenidos del «marco normativo subsidiario» aplicable en los municipios sin planeamiento, previstos en el art. 84, serían los siguientes:

Primero, «el establecimiento de soluciones-tipo para (...) la determinación de la clasificación del suelo y de sus categorías». No obstante hay una prohibición expresa y categórica que impide que mediante la directriz se clasifiquen o califiquen terrenos en ningún caso (art. 82.2). En consecuencia, parece que será necesario siquiera un plan general simplificado, incluso limitado a la parte gráfica, para materializar esa clasificación.

Segundo, «modelos de regulación de las diferentes zonas de ordenación», determinando «los elementos tipológicos definitorios de las construcciones en función de su destino y uso característicos». No obstante, para la determinación estos modelos de regulación y elementos tipológicos se podrá prescindir de las «zonas o sistemas funcionales», puesto que se permite específicamente en la Ley que tengan «carácter general», aunque puedan también estar «referidos a ámbitos territoriales determinados» (art. 83, b).

Tercero, contenidos relativos al suelo no urbanizable, respecto al cual las Normas subsidiarias provinciales han sido sumamente útiles en el pasado. Concretamente, deberá realizarse «la identificación y definición de los *tipos de actividades* que, por su objeto, sean susceptibles de ser autorizadas en terrenos a los que corresponda la clasificación de *suelo no urbanizable*». Puede

llamar la atención lo específico de la previsión legal, pero hay que tener en cuenta que en la Ley 3/2009 se establece un régimen muy restrictivo para el suelo no urbanizable, previéndose determinadas modulaciones que sólo pueden realizarse mediante la aprobación de un plan general, como sería el caso de las viviendas unifamiliares (art. 30.2):

«No podrán autorizarse edificios aislados destinados a vivienda unifamiliar en municipios sin plan general ni en aquellos cuyo plan general no lo autorice expresamente».

Excluida la posibilidad de autorizar viviendas unifamiliares en suelo no urbanizable en ausencia de plan general, quedan pues las «autorizaciones de usos» en suelo no urbanizable previstas en el art. 30.1, que podrán otorgarse de acuerdo con el «régimen establecido, en su caso, en las directrices de ordenación del territorio, en el plan general o en el planeamiento especial». Efectivamente, si bien no se prevén otros contenidos para la directriz de urbanismo en suelo no urbanizable, genérico o especial, sí se establecen diversas remisiones a las directrices o instrumentos de ordenación del territorio para determinar el uso y destino de esta clase de suelo, determinaciones cuya incorporación a la directriz de urbanismo puede considerarse jurídicamente lícita y cuya conveniencia deberá sopesarse.

Es más, la incorporación a la directriz de urbanismo de un régimen lo más completo posible del suelo no urbanizable entroncaría con lo que ha sido una de las funciones más importantes de las normas subsidiarias provinciales. No obstante, debe tenerse en cuenta que la referencia a las actividades autorizables en suelo no urbanizable sólo aparece entre los contenidos del marco normativo «subsidiario», pero no en el marco normativo «de referencia», por lo que las previsiones de la directriz en este punto sólo están llamadas a aplicarse en los municipios sin plan general. En cambio, los contenidos encomendados a las directrices de ordenación del territorio en varios artículos de la Ley 3/2009 respecto al suelo no urbanizable se impondrán jerárquicamente a las previsiones de los planes generales, prevaleciendo sobre aquellas que las contradigan.

3. El marco normativo de referencia

El marco normativo de referencia no tendrá carácter vinculante para los municipios, «salvo que específicamente se establezca lo contrario» (art. 85.2, a), hay que suponer que en la propia directriz o cuando tal carácter vinculante se desprenda directamente de una norma legal o reglamentaria. En consecuencia, estamos ante una posición en el sistema de fuentes de la ordenación urbanística sustantivamente diferente de las «normas complemen-

tarias» transitoriamente en vigor: con carácter general, el marco normativo de referencia requerirá de su incorporación a un plan urbanístico para resultar aplicable.

Formarán parte del marco normativo de referencia los contenidos previstos para el marco normativo «subsidiario», *excepto los contenidos relativos al suelo no urbanizable*. En consecuencia, deberán incluirse «soluciones-tipo (...) para la determinación de la clasificación del suelo y de sus categorías» y «modelos de regulación de las diferentes zonas de ordenación (...) o de los aprovechamientos más usuales en la práctica urbanística», cuya aplicabilidad directa sólo se producirá en tanto se apruebe un plan general y la indirecta sólo en la medida en que se incorporen por inclusión o por remisión al plan general en vigor. Además, deberán figurar los siguientes contenidos:

Primero, los «requisitos de calidad urbanística de la ordenación», que deberán estar «de conformidad con la norma técnica de planeamiento».

Segundo, «las prescripciones técnicas para elaborar la documentación de los diferentes instrumentos de planeamiento», en este caso también «de conformidad con la norma técnica de planeamiento».

Tercero, «la modulación de las determinaciones que puedan contener los planes generales de ordenación urbana».

A) La cooperación entre directriz de urbanismo y norma técnica de planeamiento: los criterios de «calidad urbanística»

Partiendo del marco legal establecido para este novedoso instrumento en la Ley 3/2009, la colaboración entre directriz de urbanismo y norma técnica de planeamiento está expresamente invocada en la exposición de motivos de la Ley (V, párrafo cuarto):

«Precisamente es la norma técnica de planeamiento, *en unión de la directriz especial de urbanismo*, el instrumento que aspira a convertirse en el marco técnico que simplifique el sistema de planeamiento urbanístico en Aragón, al cual podrán remitirse los municipios aportando básicamente la documentación gráfica de ordenación».

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la norma técnica de planeamiento tiene «carácter vinculante para el planeamiento urbanístico», salvo que en ella se disponga expresamente lo contrario (art. 105.4) y, por tanto, *también para los contenidos urbanísticos de la directriz de urbanismo, es decir, tanto para el marco subsidiario como para el marco de referencia*, aunque no necesariamente para otros contenidos que, en función de su naturaleza jurídica de directriz especial de ordenación del territorio pueda incorporar.

Las «prescripciones técnicas» que deban respetarse en la preparación de los «documentos» que integran los diferentes planes urbanísticos parece más una materia propia de la norma técnica, que además tiene carácter vinculante, que de la directriz. Lo que ésta última debe hacer respecto a esas prescripciones técnicas es establecer como regla general recomendaciones, aunque excepcionalmente pueda introducir prescripciones vinculantes, para ámbitos determinados en función de las circunstancias específicas que concurren.

La «calidad urbanística» es un término bastante inespecífico, aunque parece referirse fundamentalmente a los estándares urbanísticos. En este sentido se utilizaba en la precursora y ya derogada Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, en la que el legislador valenciano, al regular el Reglamento Técnico de Planeamiento (art. 13), establecía que «por Decreto del Gobierno Valenciano se determinarán requisitos mínimos de *calidad*, sustanciales y formales, a satisfacer por los planes, pudiéndose precisar y aumentar los *estándares mínimos de suelo para dotaciones públicas* exigidos por esta Ley». En un contexto que hace pensar en la calidad urbanística, el término aparecía también al establecer entre las determinaciones de los planes generales la «delimitación de una red primaria o estructural de reservas de terrenos y construcciones de destino dotacional público (...) garantizando la *calidad* y funcionalidad de los principales espacios de uso colectivo» (art. 17, j) o, nuevamente en términos de calidad urbanística, al fijar los estándares mínimos de cumplimiento preceptivo en el planeamiento parcial (art. 22.1), formulación esta última que fue la única en pasar a la vigente Ley 16/2005, de 30 diciembre, Urbanística Valenciana, art. 67. En el mismo sentido aparece en la legislación navarra, no en el articulado, pero sí en la exposición de motivos, punto VII, de la Ley Foral 35/2002, de 20 diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, donde al referirse a nueva regulación de las determinaciones sobre los espacios dotacionales y de servicios se destaca que «se introducen *nuevos estándares* que contribuirán a una mejora de la *calidad urbanística* de los municipios».

En cambio, en la normativa que probablemente ha servido de modelo a la aragonesa, el término se emplea de un modo bastante inespecífico. En efecto, en la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el concepto de calidad urbanística aparece referido a las especificaciones relativas a infraestructuras, servicios, dotaciones y equipamientos que deban considerarse sistemas generales, a incluir en el planeamiento general, remitiéndose para ello a las directrices de las «Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística» [art. 10.1, A), c), 2]. Al regular las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, entre cuyos cometidos está la determinación de los contenidos propios del planeamiento urbanístico, en términos muy similares a los de la legislación aragonesa, se incluyen los siguientes:

«Requisitos de calidad urbanística de la ordenación. Tendrán el carácter de recomendación» (art. 21.1, c). No obstante, parece lógico entender que, aunque con carácter de recomendación, se está haciendo referencia a estándares urbanísticos que, sin embargo, no tendrán carácter vinculante, aunque también a otro tipo de especificaciones no cuantitativas.

En términos muy similares, en la Ley 3/2009 aparece una referencia a la calidad urbanística en el art. 40, que presenta grandes paralelismos con el art. 10 de la Ley andaluza. Al regular la ordenación estructural del término municipal que corresponde a los planes generales, se hace una referencia expresa a la previsión de sistemas generales que «garanticen la calidad y funcionalidad de los principales espacios de uso colectivo» (art. 40.1, b), añadiendo respecto a «infraestructuras y equipamientos» lo siguiente [art. 40.1, b), 2º]:

Sus especificaciones se determinarán de acuerdo con los requisitos de calidad urbanística relativos, entre otros, al emplazamiento, organización y tratamiento que se indiquen en esta Ley y que puedan establecerse reglamentariamente, en instrumento de ordenación prevalente».

Nos encontramos pues ante requisitos mínimo, aunque no de carácter únicamente cuantitativo. No obstante, existe una aparente contradicción entre los términos del art. 40, que indican carácter imperativo —«sus especificaciones se determinarán»— y el art. 85.2, b) en el que se establece que los contenidos del marco normativo de referencia, en que le incluyen los requisitos de calidad urbanística, no tienen carácter vinculante como regla general.

En todo caso, parece que la colaboración entre norma técnica de planeamiento y directriz de urbanismo debería basarse en que en la norma técnica se definan los parámetros de calidad urbanística y en la directriz se concreten para ámbitos o situaciones específicos, en principio con carácter orientativo.

B) La modulación de la determinaciones

Resta «la modulación de las determinaciones que puedan contener los planes generales de ordenación urbana», lo que es claramente una remisión también al art. 40, en este caso al párrafo 3:

«En los restantes municipios, el plan general de ordenación urbana podrá establecer todas o algunas de las determinaciones que se contienen en el apartado anterior».

De acuerdo con el art. 40.2, los restantes municipios son una categoría residual que excluye a Zaragoza, Huesca y Teruel y a «aquellos municipios en los que por su relevancia territorial, urbanística, turística, presión inmobiliaria u otras circunstancias análogas se requiera en el informe previsto en el artículo

48.2.b)». En el precepto al que se hace la remisión simplemente se hace una referencia a un informe conjunto de los departamentos competentes en materia de urbanismo y ordenación del territorio sobre el avance de plan general, que deberá remitirse al órgano ambiental y cuyo contenido «será determinante del contenido del documento de referencia», informe que a primera vista parecería exigible para todos los avances de plan general. No obstante, de las remisiones cruzadas podría desprenderse que los municipios sometidos a ese informe deberían determinarse en la directriz de urbanismo. En ésta debería además especificarse, en principio como recomendación, aunque en algún caso puedan establecerse como preceptivos, qué otros documentos han de incorporar en función de distintas circunstancias, los municipios en principio exentos del bloque de «determinaciones adicionales», que se transcriben a continuación:

«a) *Estudio de movilidad* comprensivo de la definición de una red coherente de tráfico motorizado, no motorizado y peatonal, de aparcamientos y de los elementos estructurantes de la red de transportes públicos para la ciudad, y especialmente para las zonas con actividades singulares o población que generen estas demandas, así como para la comunicación entre ellas, de acuerdo con las necesidades previsibles desde el propio plan general de ordenación urbana o los planes sectoriales de aplicación, ponderando los impactos sobre las redes supramunicipales de comunicaciones y transportes en función de los nuevos desarrollos previstos.

b) Previsión de los *sistemas generales de incidencia o interés supramunicipal* que requieran las características de estos municipios».

En consecuencia, parece que se está encomendando a la futura Directriz de Urbanismo el desarrollo reglamentario del art. 40.2 y 3.

4. Funciones adicionales de la Directriz en los municipios acogidos al régimen urbanístico simplificado

La única modificación no meramente estilística que se introdujo en los preceptos de lo que sería la Ley 3/2009 relativos a la Directriz especial de urbanismo durante la tramitación parlamentaria se produjo en la regulación de los municipios sujetos al régimen simplificado *sin plan general*. Esta se refiere a las condiciones mínimas de autorización de nuevas edificaciones en las *zonas de borde*. En el Proyecto presentado por el Gobierno (BOCA núm. 88, de 6 de noviembre de 2008), art. 285.4 se preveía que tales condiciones se establecerían «reglamentariamente», mientras que en la Ley 3/2009 (también art. 285.4) se dice que esas condiciones serán establecidas por medio de la «Directriz Sectorial de Urbanismo».

Esta modificación tiene su origen en la enmienda núm. 489, presentada por el Grupo Parlamentario Popular. Respecto a esta enmienda, en la Ponencia

se aprobó por unanimidad un texto transaccional por el que el primer inciso del apartado 4 del art. 285, que inicialmente decía que «*reglamentariamente* se establecerán las condiciones de autorización, que deberán incluir, al menos, las siguientes», quedó redactado de la siguiente forma: «La *Directriz Sectorial de Urbanismo* establecerá las condiciones *mínimas* de autorización que deberán incluir, al menos, las siguientes» (BOCA núm. 145, de 11 de junio de 2009).

No resulta fácil adivinar los términos del debate que llevaron a la transacción, porque en el texto de la enmienda del Grupo Popular no se hacía referencia a la Directriz de Urbanismo, sino que lo que parecía pretenderse era ampliar la delegación reglamentaria. En la enmienda núm. 489 se decía literalmente lo siguiente: «Al artículo 285, punto 4. El primer inciso de este punto quedaría redactado como sigue: "4. Las condiciones de autorización que deberán incluirse, al menos, serán las siguientes:"» (BOCA núm. 119, de 25 de febrero de 2009).

Como consecuencia, el desarrollo reglamentario del régimen legal de las zonas de borde en los municipios sin plan general a los que se aplique el régimen simplificado deberá hacerse por medio de la Directriz de urbanismo, que podrá hacerlo distinguiendo áreas y zonas funcionales o con carácter general para todo el territorio aragonés.

5. La Directriz de urbanismo como directriz de ordenación del territorio

La consideración de la Directriz de urbanismo como una directriz de ordenación del territorio debería contribuir a flexibilizar su régimen en un doble sentido. Primero, permitiendo incorporar a sus contenidos todos o gran parte de los previstos en la Ley de Urbanismo para ese tipo de instrumento territorial. Segundo, permitiendo dotar a sus contenidos de la estructura normativa propia de las directrices territoriales, al igual que sucede con los instrumentos equivalentes (y fuente de inspiración del régimen aragonés) de las comunidades de Andalucía y Castilla y León.

A) Los contenidos reservados en la Ley de Urbanismo a las directrices del ordenación del territorio

La Directriz Especial de Urbanismo se configura como una Directriz Especial de Ordenación del Territorio (art. 21.1, b) de la Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón, a la que se aplica el régimen previsto en la legislación de ordenación del territorio, que establece el carácter obligatorio de estos instrumentos de ordenación (Ley 4/2009 art.

26.2). No sólo eso, sino que en la propia Ley 3/2009, de urbanismo, se establecen una serie de remisiones a las directrices de ordenación del territorio cuyo desarrollo podría incorporarse a la Directriz de Urbanismo sin ello se considerase conveniente. Estas previsiones o remisiones hacen referencia a la posible existencia de planes urbanísticos de desarrollo de las directrices de ordenación del territorio, al sistema de núcleos de población y, finalmente, al suelo no urbanizable.

En cuanto a los eventuales planes de desarrollo de la directriz, en la Ley se recoge la posibilidad de formular planes especiales de desarrollo de las directrices de ordenación del territorio (Ley 3/2009 art. 63), entre las que se cuenta la directriz de urbanismo. No sólo la Administración municipal, sino también la Administración de la Comunidad Autónoma, pueden adoptar la iniciativa y aprobar inicialmente el Plan especial. La aprobación definitiva corresponde al Pleno del Ayuntamiento, pero cuando el plan proceda de otra Administración la resolución sólo podrá ser negativa «por incumplimiento de las exigencias procedimentales y documentales establecidas en esta Ley» (art. 63.2, b).

Por otra parte, en la Ley 3/2009 se prohíbe modificar «el sistema municipal ni supramunicipal de núcleos de población» —ya sea creando nuevos núcleos o modificando «significativamente» la capacidad o la superficie de los existentes—, con una excepción: que «de forma expresa y específica se establezcan criterios y parámetros diferentes, al alza o a la baja, en directrices de ordenación territorial o en un plan o proyecto de interés general» (art. 39.1, c). Directrices de ordenación del territorio entre las que se encuentra inequívocamente la directriz de urbanismo.

No obstante, la parte probablemente más importante de estas remisiones se refiere al *régimen del suelo no urbanizable*, respecto al cual en la Ley se ha reducido considerablemente las funciones expresamente atribuidas a la Directriz de Urbanismo si las comparamos con las que venían desempeñando las Normas complementarias y subsidiarias de ámbito provincial.

Para los municipios que carezcan de plan general, en la Ley 3/2009 se clasifican *ex lege* una serie de terrenos como suelo «no urbanizable especial» (disposición adicional primera), aunque entre los criterios sustantivos también aparecen algunas remisiones en blanco. En este sentido, serán suelo no urbanizable especial los terrenos incluidos en «áreas delimitadas por el Gobierno de Aragón» (dis. ad. primera, i) y «los que resulten de la aplicación de los criterios contenidos en directrices de ordenación del territorio» (dis. ad. primera, k).

Por otra parte, hay que hacer referencia, como ya se señaló las «autorizaciones de usos» en suelo no urbanizable, excluida la vivienda unifamiliar, previstas en el art. 30.1, que podrán otorgarse de acuerdo con el «régimen

establecido, en su caso, en las directrices de ordenación del territorio, en el plan general o en el planeamiento especial».

En la Ley 3/2009 se diferencia entre las autorizaciones en suelo no urbanizable genérico y en suelo no urbanizable especial.

En el art. 31 se prevé que «en suelo no urbanizable genérico podrán autorizarse, siguiendo el procedimiento regulado en el artículo siguiente y de conformidad con el régimen establecido, en su caso, en las directrices de ordenación del territorio, en el plan general o en el planeamiento especial, y siempre que no se lesionen los valores protegidos por la clasificación del suelo como no urbanizable, las siguientes construcciones e instalaciones», lo que hace referencia a instalaciones y obras de interés social o a las obras de renovación en aldeas tradicionales.

El régimen aplicable al suelo no urbanizable especial es mucho más restrictivo: sólo podrán autorizarse construcciones, instalaciones o usos cuando estén previstos en «los instrumentos de ordenación territorial, los planes de ordenación de los recursos naturales, la legislación sectorial o el planeamiento urbanístico», siempre que no lesionen el valor específico protegido o contradigan «el concreto régimen limitativo establecido en planeamiento o legislación sectorial» (art. 33), lo que es hasta cierto punto redundante. En todo caso, parece lógico pensar que, respetando las prohibiciones expresas contenidas en la Ley 3/2009 —como la relativa a viviendas unifamiliares— y las que se deriven de leyes o planes especiales, la Directriz de Urbanismo pueda permitir para ámbitos determinados algún o algunos usos susceptibles de autorización.

Finalmente, debe recordarse el régimen establecido en el art. 30.2 de la Ley 3/2009 para las viviendas unifamiliares en suelo no urbanizable. Como regla general, los planes generales gozarán de una amplia autonomía al respecto, aunque están condicionados por determinadas reglas legales. Primero, hace falta una previsión expresa en el plan, puesto que no podrán autorizarse edificios aislados destinados a vivienda unifamiliar en municipios sin plan general ni en aquellos cuyo plan general no lo autorice expresamente. Segundo, los edificios no superarán los trescientos metros cuadrados de superficie construida, como máximo, y las parcelas tendrán diez mil metros cuadrados de superficie, como mínimo, salvo que en el plan general se establezcan condiciones más severas. Ahora bien, en la Ley 3/2009 se habilita al Gobierno de Aragón para «ampliar o reducir, conforme a criterios objetivos, la parcela mínima para áreas homogéneas del territorio aragonés». Aunque esa ampliación o reducción podría hacerse mediante una resolución *ad hoc*, parece lógico que se incorpore a la Directriz especial de urbanismo, sometida al régimen de tramitación y aprobación de las directrices de ordenación del territorio (Ley 3/2009 art. 85.1) y, en consecuencia, aprobada por el Gobierno de Aragón (Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón art. 23.6).

Por otra parte, en la Ley 3/2009 también se establece que deberá mantenerse el uso agrario o plantar arbolado en la parte no construida de la parcela, «con sujeción a los planes y directrices sobre arbolado vigentes». Ni en la Ley ni en la «Circular sobre criterios de aplicación y coordinación para los órganos urbanísticos de la Comunidad Autónoma de Aragón en los procedimientos de autorización en suelo no urbanizable (adaptada a la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón)», de la Dirección General de Urbanismo, publicada en la página web de la Administración autonómica (64), se especifica cuales puedan ser tales «planes y directrices», que parecen brillar por su ausencia, dado que estamos hablando de suelo no urbanizable genérico, en el que difícilmente podría aplicarse el Catálogo Aragonés de Especies Amenazadas, sobre todo para nuevas plantaciones, por lo que la Directriz de Urbanismo podría incorporar criterios en tal sentido.

B) La peculiar estructura normativa de los instrumentos de ordenación del territorio. Referencia a los ordenamientos alemán e italiano

Existe un considerable consenso en la consideración de los planes urbanísticos como normas jurídicas, que se insertan con efectos vinculantes y vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico. Una consecuencia fundamental de ello es la aplicación del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos (Ley 30/1992, art. 52.2), que en el ámbito urbanístico se concreta en la prohibición de las «reservas de dispensación» (TRLR de 1976 art. 57.3), lo que impide a la Administración resolver en un sentido discrepante con el plan (65).

La estructura normativa de los instrumentos de ordenación del territorio es muy diferente. En cuanto a sus efectos, la legislación autonómica distingue entre eficacia vinculante o simplemente orientativa. Como regla general, las normas son vinculantes respecto a los instrumentos de ordenación del territorio de inferior rango y a los planes urbanísticos, pero es meramente orientativa respecto a los restantes instrumentos sectoriales. Esto supone que, aunque deban tenerse en cuenta los objetivos del planeamiento territorial, el órgano sectorial competente puede optar por soluciones discrepantes, aunque con la motivación adecuada en la que se exprese la ponderación de los distintos intereses públicos. Por otra parte, no estamos ante una peculiaridad únicamente limitada a los instrumentos de ordenación del territorio, sino que alcanza a los planes

(64) <http://portal.aragon.es/portal/page/portal/URBANISMO/Manuales/CIRCULAR%20SNU.pdf>

(65) LÓPEZ RAMÓN, 2009, 114-116.

de ordenación de los recursos naturales: aunque en la legislación actual (Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, art. 15 a 23) han pasado de ser meramente «indicativos» a «determinantes» de las actuaciones sectoriales, en éstas podrán adoptarse criterios discrepantes de forma motivada «por razones imperiosas de interés público de primer orden» (66), como se dice en el art. 45.5 a propósito de la conservación de los espacios de la Red Natura 2000 (67).

Algo similar ocurre con los planes de ordenación del territorio en Alemania. En el Derecho alemán, las leyes establecen determinados fines y objetivos, a cuya consecución se debe dirigir el diseño de la ordenación territorial, que se configura como una planificación finalista. No obstante se distingue entre directrices del planeamiento estrictamente vinculantes y otros preceptos materiales, directrices, objetivos, principios o mandatos de optimización, que constituyen la mayoría, y que condicionan la toma de decisiones públicas, pero a los que en la ponderación de intereses públicos en presencia no se les ha de dar necesariamente la preferencia (SCHMIDT-ASSMANN, 2004, 21). No obstante, a diferencia de lo que ocurre en Derecho español, también en el ámbito urbanístico existe la posibilidad de que la Administración se aparte del planeamiento en casos singulares, autorizando proyectos de construcción que no estén en consonancia con las determinaciones del plan, siempre que no afecten a sus líneas fundamentales. Con ello se pretendería salvaguardar la función ordenadora del planeamiento, compaginándolo con las exigencias de la práctica, aunque no se trate de previsiones favorablemente valoradas por la doctrina (SCHMIDT-ASSMANN, 2004, 19).

Yendo a los instrumentos concretos de planeamiento, la ordenación del territorio está estructurada en dos escalones —plan general del Land (o *landesweite Raumordnungplanung*) y planes regionales (o *Regionalplanung*)—,

(66) El texto citado proviene en última instancia de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, artículo 6.4:

«Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado.

En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden».

(67) LÓPEZ RAMÓN, 2009, 64-66.

siendo su contenido más típico la estructura del territorio, aunque también pueden incorporar determinaciones sobre la utilización del suelo. Las «determinaciones de los planes» —contrariamente a lo que sucede con su «motivación»— tienen valor normativo, aunque su obligatoriedad tiene diferentes grados de intensidad: los «fines» de la ordenación del territorio tienen carácter vinculante, sin que exista posibilidad de preterirlos en la ponderación con otros intereses; en cambio, los «principios» y otras exigencias de la ordenación del territorio serían «meros condicionantes de la discrecionalidad en el planeamiento de las instancias subordinadas» (SCHMIDT-ASSMANN, 2004, 23).

Debe precisarse además que si bien la planificación del Land puede afectar a determinados municipios con especial intensidad por causas justificadas, con carácter general debe dejar un margen suficiente para que los municipios puedan tomar sus propias decisiones, en virtud de la autonomía local constitucionalmente garantizada. En consecuencia, las normas vinculantes, es decir, los «fines» deben establecer «condiciones marco» cuyo desarrollo por los municipios no puede consistir en la simple aplicación de la norma al caso concreto. En consecuencia, la relación entre planes territoriales y planes urbanísticos no puede considerarse como meramente jerárquica e imperativa, sino que la cooperación aparece como un elemento necesario (68).

En Derecho italiano, los planes territoriales de coordinación establecen determinados objetivos para la planificación municipal, con la finalidad de coordinar la planificación económica con la territorial (69). En este sentido, la doctrina italiana distingue planes urbanísticos y planes territoriales, caracterizando estos últimos como planes que no tienen una directa función de conformar el territorio, aunque sí establecer criterios que condicionan el planeamiento urbanístico, incorporando «directivas» dirigidas a la Administración planificadora que no tienen efectos directos ni sobre el territorio ni sobre la propiedad. Los planes de directiva producirían relaciones jurídicas de coordinación entre administraciones públicas. Un ejemplo en este sentido sería el «piano territoriale di coordinamento provinciale», cuya función primordial es disciplinar y condicionar el poder de planificación municipal, siendo indispensable para superar los problemas del minifundismo local, lo que lo configura como un «piano di direttive», según la denominación doctrinal, cuyos destinatarios son «entes y administraciones» (art. 20 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, aprobado por Decreto Legislativo núm. 267, de 18 de agosto de 2000). No obstante, pese a la previsión legal de esa categoría de planes puramente territoriales, son más frecuentes los planes referidos a grandes áreas, pero de contenido mixto, comprendiendo «directivas», pero también normas

(68) SCHMIDT-ASSMANN, 2004, 28 y 30.

(69) URBANI y CIVITARESE MATEUCCI, 2010, 61.

que disciplinan directamente el territorio y que son oponibles directamente a los propietarios. Podrían citarse como ejemplos de esta categoría los «planes regionales del paisaje» —«piani regionali paesistici»— o los planes hidrológicos de cuenca —«piani di bacino»- (70).

VII. CONCLUSIONES GENERALES

Como resumen puede señalarse que la configuración de la Directriz Especial de Urbanismo como un instrumento único para todo el territorio aragonés supone un elemento de rigidez que puede dificultar su elaboración.

No obstante, en esa elaboración no se partiría de cero. Las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento de ámbito provincial vigentes en las tres provincias aragonesas fueron elaboradas y aprobadas bajo un régimen, derivado del TRLS de 1976 y, sobre todo, del RPU de 1978, que presenta más similitudes con el de la Directriz del Urbanismo que el que habría existido de haber sido elaboradas durante la vigencia de la LUA de 1999.

En consecuencia, parece lógico partir de las Normas provinciales como mínimo de regulación aplicable en amplias zonas, pormenorizando para zonas concretas regulaciones específicas, especialmente cuando puedan tener carácter vinculante. Ese mínimo de regulación estaría llamado a mantenerse en el tiempo de forma estable, mientras que en las zonas más específicas y problemáticas estarían sujetas a mayores variaciones. Por otra parte, deberían ir añadiéndose paulatinamente nuevas zonas específicas, de las que se desplazaría la regulación común, a medida que fueren detectándose nuevos problemas o madurándose soluciones más adecuadas.

La Directriz de Urbanismo está llamada a tener un protagonismo sobresaliente respecto a los pequeños municipios acogidos al régimen urbanístico simplificado, para los cuales deberán elaborarse las regulaciones tipo. Pero, pese a la parquedad de la Ley 3/2009 en este aspecto, parece lógico hacer el mayor esfuerzo de regulación respecto al suelo no urbanizable, regulación ésta que se extendería sin dificultad a la mayor parte de los municipios de tamaño medio.

La decisión del legislador de configurar la Directriz de Urbanismo como un instrumento mixto de ordenación, a caballo entre lo territorial y lo urbanístico, debería servir para flexibilizar los contenidos de este instrumento de ordenación. En concreto, la naturaleza de plan de ordenación del territorio debería servir para incorporar a la Directriz de Urbanismo contenidos que en la Ley 3/2009 genéricamente se remiten a las «directrices de ordenación del

(70) URBANI y CIVITARESE MATEUCCI, 2010, 62-64 y 227-228.

territorio», tras la oportuna valoración técnica y, eventualmente política, de su conveniencia. Pero, adicionalmente, debería adoptarse en algunas partes de la Directriz de urbanismo la estructura propia de los instrumentos de ordenación del territorio, distinguiéndose entre normas vinculantes e indicativas, pero también incorporando una tercera categoría de normas vinculantes en cuanto a los fines o «directivas», una modalidad largo tiempo consolidada en la legislación italiana, pero que también ha sido incorporada en distintas legislaciones regionales españolas, como la de Castilla y León o la de Andalucía, en este último caso incluso respecto a un instrumento urbanístico supramunicipal, como son las Normativas Directoras.

Aunque se pueda discrepar del diseño y las soluciones normativas concreta de la Directriz de urbanismo, lo cierto es que la práctica urbanística muestra la necesidad de normas o instrumentos de ordenación de carácter supramunicipal. De hecho, puede afirmarse que la práctica ha prevalecido en este punto sobre las previsiones legales, poco precisas durante gran parte de la evolución de la normativa que se inicia con la Ley del Suelo de 1956. No sólo la ordenación subsidiaria, sino también el carácter complementario de las soluciones de ordenación contenidas en las normas supramunicipales proceden en mayor medida de la práctica administrativa que de específicas soluciones legales.

En esa práctica aparecen primero las normas destinadas a encauzar la presión urbanística en determinados ámbitos subprovinciales, generalmente denominados comarcas en la designación del plan o normas subsidiarias, aunque tal denominación no respondiese a ninguna demarcación administrativa existente. Esa «presión» urbanística se derivó fundamentalmente del desarrollo industrial o turístico y sólo en algún caso específico respondió a consideraciones ambientales. Únicamente en un segundo momento se procede a elaborar normativas provinciales destinadas primordialmente a municipios con problemática urbanística escasa.

Frente a lo que había sido la opción que prevaleció en 1976, en el TRLS de 1992 se podía apreciar una considerable potenciación de la figura de las Normas subsidiarias provinciales, lo que marcó una tendencia que se ha mantenido en las legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas, no a favor de esa específica figura, pero sí de instrumentos de ordenación supramunicipales más o menos inspirados por su precedente en la legislación estatal.

Las razones de esta opción de los legisladores autonómicos son varias. Es evidente, que debe mantenerse abierta la posibilidad de reaccionar mediante instrumentos supramunicipales a situaciones de fuerte presión urbanística, sea industrial, turística o de otro tipo, como hubo de hacerse en el pasado. En consecuencia, para el caso específico de las figuras previstas en la legislación aragonesa, deberá valorarse si el instrumento idóneo para ello son instrumen-

tos como los «programas de coordinación del planeamiento» o bien debe preverse la posibilidad de introducir reformas en la Directriz de Urbanismo estableciendo una ordenación específica para ámbitos delimitados *ad hoc*, estableciendo reglas vinculantes o susceptibles de ser desplazadas por la ulterior revisión o aprobación de planes generales que respondan adecuadamente a la situación.

En la legislación aragonesa, los contenidos de la Directriz de Urbanismo pueden concebirse como varios planos de ordenación superpuestos: básico, con carácter general, para ámbitos muy amplios o, incluso, para todo el territorio aragonés, lo que comportaría una regulación de mínimos, que se centrara en los usos y protección del suelo no urbanizable, las normas de edificación y la regulación de las zonas de borde; especial, delimitando ámbitos de fuerte presión urbanística, para los que se establecerían criterios de ordenación específicos, que deberían ser vinculantes en gran medida o en su totalidad.

La alternativa a una regulación mínima, inspirada en las Normas provinciales todavía en vigor, podría ser una reforma legislativa en línea con la realizada en Castilla y León por medio de la Ley 4/2008, de 15 de septiembre, y del Decreto 45/2009, de 9 de julio, que ha reintroducido la posibilidad de reformar o sustituir conforme a procedimientos urbanísticos las hasta entonces sólo subsistentes de modo transitorio Normas subsidiarias provinciales —aunque se prescindiera del ámbito provincial y pasen a denominarse Normas urbanísticas territoriales—, como complemento de las Directrices Subregionales de ordenación del territorio, que han sido elaboradas y aprobadas para entornos sometidos a presión urbanística como son Valladolid, Segovia o Burgos, aunque también para la provincia de Palencia.

El motivo para esa flexibilización es que resulta muy difícil, quizá imposible, ordenar en detalle y con un nivel de vinculación elevado una región extensa como es Aragón.

Siguiendo con el Derecho autonómico comparado, la experiencia andaluza muestra la dificultad de deslindar los campos respectivos de las directrices «subregionales» o «especiales» de ordenación del territorio de los instrumentos urbanísticos de ordenación supramunicipal. Unos y otros son redundantes en gran medida, tanto en sus contenidos como en sus efectos, habiéndose generalizado la escala de normas vinculantes en los municipios carentes de plan general, directrices vinculantes en cuanto a los objetivos y meras recomendaciones, susceptibles de ser incorporadas o ignoradas por el planeamiento municipal, aunque existirá un deber de motivación en este segundo caso.

La opción de contenidos en forma de «directiva», es decir, vinculantes en cuanto a los fines, pero que dejen libertad al planificador —en este caso, urbanístico— en cuanto a los medios, no está prevista expresamente en la

legislación aragonesa, pero podría introducirse en la Directriz de Urbanismo dando a las normas una estructura imperativa adecuada.

A partir de estos datos, parece necesario optar por unos u otros instrumentos. Además, esa opción es fundamentalmente política, pues ambos tipos de instrumentos pueden cubrir adecuadamente los objetivos de ordenación perseguidos. En Andalucía, el carácter polémico de las «Normativas Directoras», que se vieron desde un primer momento como una amenaza para la autonomía local, llevó primero a su pérdida de contenidos durante la tramitación parlamentaria y ha podido ser muy bien la causa principal de su inaplicación en un momento posterior. En Aragón esta opción se plantea entre la Directriz de Urbanismo y los «programas de coordinación del planeamiento municipal».

Sin embargo, parece fundamental la flexibilidad en cuanto a la delimitación de los ámbitos de ordenación, que en algunos casos responderán a la existencia de regiones naturales derivadas de la geografía física, pero en otras ocasiones deberán corresponder a circunstancias fundamentalmente económicas. La heterogeneidad de los ámbitos ordenados por los planes subregionales andaluces es también una muestra de ello.

Por lo demás, hay otras lecciones que pueden obtenerse del régimen de la tradicional figura de las «Normas subsidiarias y complementarias». En el Derecho supletorio estatal, las Normas subsidiarias provinciales tenían una clara función de «instrumento marco o tipo» destinado a encauzar la elaboración de los planes municipales. Esto se hacía de dos modos:

Primero, incluyendo soluciones que pudiesen servir de modelo en la elaboración del planeamiento municipal.

Segundo, funcionando como *parámetro de validez* a la hora de la evaluación y aprobación definitiva de los planes. En la regulación del RPU de 1978 esta función aparecía claramente reflejada respecto de las normas subsidiarias de ámbito municipal, pero no respecto a los planes generales, cuya posición jerárquica era superior. Sin embargo, esa función de parámetro de validez aparece explícita o implícitamente recogida tanto en los ordenamientos autonómicos en los que el instrumento de ordenación tiene naturaleza de plan de ordenación del territorio, como puede ser el caso de Castilla y León, como en aquellos ordenamientos en que la naturaleza del instrumento más general es puramente urbanística, como sería el caso de las «normativas directoras» en Andalucía. En los ordenamientos autonómicos la tendencia iniciada en el RPU se lleva a su consecuencia lógica, puesto que todo el planeamiento general se condiciona a ese parámetro de validez.

En el ordenamiento urbanístico estatal el desplazamiento de las Normas subsidiarias no se producía únicamente por la aprobación de un plan general, sino también de un proyecto de delimitación del suelo urbano y unas orde-

nanzas urbanísticas. Aunque en la Ley 3/2009 se prevea la posibilidad de aprobar planes generales sumamente simplificados en determinados casos, debería tenerse en cuenta la posibilidad de modular en determinados casos algunos contenidos de la Directriz de Urbanismo, previendo la posibilidad de ser desplazadas por la aprobación de ordenanzas urbanísticas.

También pueden obtenerse lecciones del examen histórico en cuanto a los contenidos más característicos de la ordenación supramunicipal. La ordenación pormenorizada del suelo no urbanizable ha sido históricamente una de las funciones primordiales de los instrumentos supramunicipales de ordenación urbanística, lo que se ha mantenido en los ordenamientos autonómicos. En el Derecho autonómico comparado este elemento está siempre presente e incluso se ve reforzado con referencia expresa a criterios como la sostenibilidad o la protección del medio ambiente.

El estudio sistemático de la Ley 3/2009 también permite obtener conclusiones. El marco normativo subsidiario contenido en la Directriz de Urbanismo se aplicará en los municipios que carezcan de plan general (art. 82.1, c), en los que los contenidos subsidiarios de la directriz de urbanismo serán vinculantes o de aplicación imperativa, «salvo que específicamente se establezca lo contrario» (art. 85.2, c), en la propia directriz. Es decir, que ante la ausencia de plan general, las previsiones de la directriz ocuparán su lugar en el sistema de fuentes del ordenamiento urbanístico, siendo aplicables con en los mismos términos —con idéntica imperatividad y con las mismas limitaciones— que las previsiones de un plan general. No tendría sentido que en los casos de falta de vinculación previstos en la directriz fuese el aplicador, a la hora de resolver solicitudes particulares, el que decidiese discrecionalmente si aplicar o no la directriz, ni podría ésta prever tal posibilidad sin contradecir la propia Ley 3/2009, en la que no sólo se establecer el obligatorio cumplimiento de «planes, normas y ordenanzas urbanísticos» (art. 72.1), sino que se prohíben expresamente las excepciones o dispensas (art. 72.2) en forma de «reservas de dispensación», que se consideran nulas. En consecuencia, lo único que podrá establecerse en la Directriz de Urbanismo es su desplazamiento, en determinados contenidos, por instrumentos de ordenación distintos del plan general, como podrían ser unas ordenanzas urbanísticas municipales.

La Directriz de urbanismo tiene sus limitaciones, incluso respecto a los pequeños municipios sin plan general. Entre los contenidos de la Directriz previstos en el art. 84 está «el establecimiento de soluciones-tipo para (...) la determinación de la clasificación del suelo y de sus categorías». No obstante hay una prohibición expresa de que mediante la directriz se clasifiquen o califiquen terrenos (art. 82.2). En consecuencia, parece que será necesario al menos un plan general simplificado, incluso limitado a la parte gráfica, para materializar esa clasificación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AYALA GONZÁLEZ, Rafael, GAVILÁN RUEDA, Ana y SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (2005): «Instrumentos de ordenación territorial en Castilla y León», en E. SÁNCHEZ GOYANES, *Derecho urbanístico de Castilla y León*, Madrid, La Ley-El Consultor, pp. 99-144.
- BAÑO LEÓN, José María (1990): «El procedimiento de urgencia para la aprobación de las normas subsidiarias y su control por los Tribunales», en *Poder Judicial* núm. 20, pp. 15-22
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2009): «Las normativas directoras para la ordenación urbanística», conferencia pronunciada en el *Curso de Expertos en Urbanismo y Ordenación del Territorio*, el 14 de enero de 2009 (se cita *pro manuscripto*).
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel y BARTOLOMÉ NAVARRO, José Luis (2003): «El planeamiento urbanístico», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (dir.), *Estudio sistemático de la Ley urbanística de Aragón*, Zaragoza, Cortes de Aragón, pp. 167-246.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2005): «Las comarcas», en el vol. col. *La intermunicipalidad en España*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, pp. 71-92.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano (1981): *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando (2001a): «Las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal: de su surgimiento y auge a su decadencia y crisis en la actualidad», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 185, pp. 45-82.
- (2001b): *Las normas subsidiarias de planeamiento municipal: regulación, problemática y régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio (2004): «La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía: fin de la provisionalidad del régimen urbanístico andaluz», en *Cuadernos de Gestión Pública Local 2004*, consultado por su edición electrónica en http://www.isel.org/cuadernos_2004/articulos/gutierrez_v.htm.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2009): *Introducción al Derecho urbanístico*, Madrid, Marcial Pons (tercera edición).
- MARTÍNEZ GARCÍA, Silvestre y PAREJO ALFONSO, Luciano (2003): «El proyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía» en *Mediterráneo Económico* núm. 3, dedicado a *Ciudades, arquitectura y espacio urbano*, pp. 289-304.

- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2001): «Prólogo» a GARCÍA-MORENO, *Las normas subsidiarias de planeamiento municipal: regulación, problemática y régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 9-17.
- NÚÑEZ MAROTO, Herminio (1978): «De las normas subsidiarias del planeamiento municipal con ámbito provincial», en *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 60, pp. 111-122.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1979): *La ordenación urbanística. El periodo 1956-1975*, Madrid, Montecorvo.
- PORTO REY, Enrique (2004): «Algunas técnicas e instituciones urbanísticas innovadoras no recogidas en las leyes urbanísticas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 207, pp. 11-66.
- PORTO REY, Enrique y ORTEGA GARCÍA, Ángel (1975): *Las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento como instrumento de ordenación urbana*, Madrid, Servicio Central de Publicaciones de Ministerio de la Vivienda.
- RODRÍGUEZ MORO, Nemesio (1977): «Las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento solo son de aplicación si no existe plan de urbanismo o para llenar lagunas del mismo», en *Revista de Estudios de la Vida Local* núm. 195, pp. 637-646.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2000): «La Ley de Ordenación del Territorio de Castilla y León: aspectos generales e instrumentos», en E. SÁNCHEZ GOYANES (dir.), *Derecho urbanísticos de Castilla y León*, Junta de Castilla y León-El Consultor, pp. 73-150.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard (2004): «Elementos estructurales y niveles de la planificación en el derecho alemán (con especial referencia al «sistema de planeamiento territorial»)», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental* núm. 6, pp. 15-30.
- TEJEDOR BIELSA, Julio (2010): «La Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón. Renovación de la tradición urbanística española» en *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 21, pp. 63-104.
- URBANI, Paolo y CIVITARESE MATEUCCI, Stefano (2010): *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Turín, Giappichelli.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (1998): «El planeamiento urbanístico», en PAREJO ALFONSO, Luciano (dir.), *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Instituto Pascual Madoz-Marcial Pons, pp. 219-242.

LA PARTICIPACIÓN EN LOS SERVICIOS SOCIALES(*)

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO: I. A VUELTAS CON LA PARTICIPACIÓN.– II. POBRES SIN BACÍN, SACIADOS DE DERECHOS.– III. EL DERECHO A PARTICIPAR EN UNA LEGISLACIÓN QUE PRIME LA PARTICIPACIÓN.– IV. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA Y DESORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.– V. LA IMPERCEPTIBLE FRONTERA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.– VI. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS: UNA CUESTIÓN DE APTITUD, MEDURA Y HONRADEZ.

RESUMEN: Análisis de las ventajas y disfunciones que produce la participación pública en los servicios sociales tras la reciente legislación aragonesa.

Palabras clave: servicios sociales; participación pública.

ABSTRACT: This paper analyzes the advantages and dysfunctions produced by the public participation in the social services domain after the recent legislation of Aragonese Autonomous Community.

Key words: social services; public participation.

I. A VUELTAS CON LA PARTICIPACIÓN

La participación es un tema nuclear y transversal de Derecho Administrativo, que contempla las relaciones entre el ciudadano y la Administración desde la perspectiva de la colaboración o integración y no desde la tradicional dimensión del conflicto. De ahí la contemporaneidad de la idea de participación en la actividad administrativa y su contradicción con las bases tradicionales del sistema jurídico que inspiró la formación del Derecho Administrativo (1).

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 12 de abril de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de mayo de 2011.

(1) Sería ahora prolijo referir la abundante doctrina surgida en torno al tema de la participación. Debemos recordar, no obstante, el libro de M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, CEC, Madrid, 1980, que intentó sistematizar la cuestión en los inicios de la andadura constitucional. Ya por aquel entonces E. GARCÍA DE ENTERRÍA había publicado «La participación del administrado en las funciones administrativas», en el *Libro-Homenaje a Segismundo*

Obviamente, estamos ante una cuestión que tiene tanto una dimensión jurídica como una dimensión política, y donde se ventilan también algunos de los valores esenciales de la organización social y de su cristalización en el ordenamiento jurídico, tales como la naturaleza del poder, las relaciones entre el individuo y la organización política o la función del Derecho en un sistema presidido por la ideas de eficacia y de eficiencia.

Cualquier avance en la participación se identifica inmediatamente con un avance del sistema democrático. Es más, se ha llegado a presentar como una «democratización de la democracia» (2). Pero a veces se produce lo contrario,

Royo-Villanova, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1977. GARCÍA DE ENTERRÍA distingue tres círculos de participación. Por un lado, nos encontramos con la participación orgánica, que comporta que el ciudadano se incorpora a órganos estrictamente tales de la Administración. Por otro lado, se puede hablar de una participación funcional, que permite al ciudadano intervenir en el ejercicio de funciones administrativas sin perder su posición privada y sin incorporarse, por ello, a un órgano administrativo formal. Por último, y en tercer lugar, se puede hablar de una participación cooperativa, en la que el administrado, sin dejar de actual como tal y sin cumplir con funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada el interés general en el sentido que la Administración propugna. Por cierto, en 1977, los profesores García de Enterría y S. MUÑOZ MACHADO («Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración», RAP núm. 84, p. 535) citan en sendos trabajos un célebre artículo de Schmitt-Glaeser titulado «Participation an Verwaltungsentscheidungen» (La participación en las decisiones administrativas). En el artículo de Muñoz MACHADO se desliza una pequeña errata al titular el trabajo de Schmitt-Glaeser del siguiente modo: «Participation an Verwaltungsentscheidmugen». Lo sorprendente del caso es que, a partir de entonces, la inmensa mayoría de los trabajos que he consultado al respecto incurrir en el mismo error. Por otro lado, la perenne actualidad de la cuestión puede comprobarse en la reciente publicación del libro *Participación ciudadana ...para una Administración deliberativa*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2009, en el que varios autores reflexionan sobre esta cuestión incitados por la Dirección General de Participación Ciudadana.

(2) Se ha apuntado la indiscutible base democrática que refleja la Administración pública como resultado de su estricta vinculación a la ley, la elección democrática directa o indirecta de sus máximas autoridades, la responsabilidad política de éstas ante el poder legislativo y el control jurisdiccional de todas sus actuaciones. Véase al respecto J. BERMEJO VERA, «La participación de los administrados en los órganos de la Administración pública», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en Homenaje al Profesor González Pérez, I, Civitas, Madrid, 1993, p. 649. Por otro lado, un análisis de los principios constitucionales que sirven de orientación y límite a la participación se encuentra en L. MARTÍN-RETORTILLO, «La participación en la Administración pública. Principios y límites», en *Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, 1985, pp. 94 y ss. Asimismo, es preciso recordar lo remisa que es la jurisprudencia constitucional a incardinar las diferentes formas de participación en el ámbito del artículo 23.1 de nuestra Constitución. Para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse una concreta manifestación del artículo 23 es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular. Por tanto, se insiste en la estrecha vinculación entre los derechos reconocidos en el artículo 23, apartados 1 y 2, y el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (SSTC 32/1985, de 6 de marzo, 149/1988, de 14 de julio, 71/1989, de 20 de abril, 212/1993, de 28 de junio, y 80/1994, de 14 de marzo, entre otras). Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha rechazado la vinculación entre la elección de representantes sindicales y el artículo 23 (STC 189/1993, de 14 de junio) o entre dicho precepto y la condición de miembro de la Junta de

una relación inversamente proporcional entre la llamada «democracia ejecutiva» y la democracia, que tal mal parada sale cuando la adjetivan (3).

Es más, bien podemos afirmar que la participación puede servir para una cosa y para la contraria. Así, para algunos, su origen se vincula a la noción de servicio público y sus primeras referencias datan del Derecho francés. Bernard GENY representará esta corriente que intenta abordar este asunto desde la perspectiva de la colaboración de los particulares con la Administración (4). Para otros, la cuestión de la participación está íntimamente relacionada con la crisis del régimen democrático y, en consecuencia, refleja una cuestión que se plantea en todos los países, si bien con distinta perspectiva, en la Europa de entreguerras. Especialmente significativa al respecto fue la opinión durante ese período de Heinrich TRIEPEL, en la que se percibe un tono hipercrítico frente a la realidad de los partidos políticos, llegando a plantearse la incompatibilidad de la democracia política con la democracia representativa, lo que le conduce a proponer que el protagonismo sea asumido «por otras fuerzas integrantes de la comunidad», que configurarán un nuevo tipo de autoadministración nacida del «seno del pueblo» (5).

Gobierno de una Facultad (como en la citada Sentencia 212/1993). E igualmente ha concluido que los cargos de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados no se encuentran incluidos entre los cargos públicos que prevé el artículo 23.2 (STC 23/1984, de 20 de febrero), y lo mismo cabe decir del Secretario de un colegio público (STC 80/1994, ya aludida). Por ello, la «participación directa en los asuntos públicos» se ha vinculado a las distintas modalidades de referéndum (STC 63/1987, de 20 de mayo, y ATC 399/1990, de 12 de noviembre) o a la cuestión de la iniciativa legislativa popular (STC 76/1994, de 14 de marzo y AATC 570/1989, de 27 de noviembre, y 140/1992, de 25 de mayo). Dentro de las modalidades de participación directa habría que encuadrar también el denominado régimen de Concejo Abierto (STC 119/1995, de 17 de julio). En resumen, los derechos de participación, representación y acceso a cargos y funciones públicas, cuyo reconocimiento general obra en el artículo 23 de la Constitución, se circunscriben al ámbito de la representación política, abarcando ésta, no obstante, no solo la representación en cámaras legislativas sino también a los «representantes» cuya designación resulta «directamente» de la elección popular, lo que permite la extensión de esta garantía constitucional a los concejales (STC 10/1983, de 21 de febrero). En algunas ocasiones los asuntos enjuiciados por el Tribunal Constitucional están afectados por una importante carga mediática y política. Es el caso, por ejemplo, de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, sobre la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, que toma como referencia argumental el Dictamen núm. 1119/2008, de 3 de julio, del Consejo de Estado.

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 6ª edición, 2009, considera un error plantear que la democracia en la designación de los administradores asigna un plus de legitimidad a éstos que reduciría correlativamente la función de control del juez sobre su actuación.

(4) B. GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930.

(5) J.L. CARRO, en el prólogo a la traducción española del libro de H. TRIEPEL, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, que recoge su discurso de toma de posesión del Rectorado de

Y no debemos pasar por alto que es en este contexto de la crítica acerba al régimen liberal donde se encuentran algunos de los escritos más profundos y logrados de la ciencia jurídica. En los años veinte, Carl SCHMITT consolida una obra dirigida a denunciar la crisis que en aquel momento sufría la institución parlamentaria, que achacaba a la actuación de los partidos políticos democráticos. El gran pensador y jurista alemán sostenía que los partidos habían destruido el parlamento. Y algunas de sus críticas parecen describir la realidad actual, ochenta y cinco años después. En efecto, Schmitt sostenía que el parlamento era una apariencia, un mero decorado. Denunciaba que en el parlamento solo se pronunciaban discursos retóricos y que donde solo hay retórica no hay intercambio de ideas. Ponia de relieve que en el parlamento no se buscaba la concertación, que se producía extramuros, ahí donde se encontraban los auténticos centros de decisión. Mantenía que en el parlamento no se tomaban decisiones, sino que se acordaban en los despachos de los grupos de interés. Concluía, por último, que el parlamento estaba políticamente muerto y que la política se haría en el futuro por otras fuerzas y por otros cauces (6).

En la actualidad, como indica Eloy GARCÍA LÓPEZ, sabemos que los congresos de los partidos son meros espectáculos sin capacidad de decisión, que la lógica de los partidos es una mera lógica de poder y que la selección de los dirigentes no se hace en función de criterios ideológicos sino que se efectúa en base a relaciones de grupo. Conocemos también que los programas políticos y los textos legislativos se encargan a agencias de comunicación o bufetes privados, sin que en muchas ocasiones se den ni siquiera unas directrices mínimas sobre el contenido de los mismos. Sabemos, en suma, que los partidos se han convertido en una máquina de representación de imágenes y que, en consecuencia, la construcción virtual de la realidad ocupa el lugar que otrora desempeñaran los programas ideológicos (7).

Con esos precedentes no nos debe resultar extraña la ambivalencia que el concepto de participación mantiene en la actualidad. Puede constituir una

la Universidad de Berlín, en el otoño de 1926, aborda la reacción del autor alemán a la opinión dominante en aquel momento de que la ley era un acto absolutamente soberano y, por tanto, no vinculado constitucionalmente, sobre todo en relación a los derechos fundamentales (p. 19). Recuerda, asimismo, J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 49-50, que THOMA, siguiendo a la mayoría de los autores de Weimar, no reconoce la superioridad «efectiva» de la Constitución sobre la Ley.

(6) Véase al respecto el excelente artículo de E. GARCÍA LÓPEZ, «Ley electoral y régimen de partidos», en *Parlamento y partidos políticos (XV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 131 y 132.

(7) E. GARCÍA LÓPEZ, ob. cit., p. 132.

laudable corriente antiburocrática que contribuye a permeabilizar la Administración con la aceptación de nuevas realidades sociales o puede acentuar el control público sobre el medio social mediante la recepción constante de información y la integración permanente de las categorías sociales que se pretende dominar.

Siempre quedará, al final, la ecléctica evolución de quienes comenzaron pensado de un modo y asumieron posteriormente otra manera de pensar. Es el caso de Ernst FORSTHOFF, estimado discípulo de Schmitt (8), quien vuelve a vincular el fenómeno participativo y la definición del sistema científico de Derecho administrativo cuando, al abordar la descripción de la «Administración como aportadora de prestaciones», la presenta como aquella Administración en la que no se trata de libertad sino de participación (9).

Y han surgido nuevos grupos o colectivos que, al calor de políticas sectoriales concretas, se han arrogado una determinación interlocución con la Administración. La aparición de ordenamientos sectoriales y «seccionales», el descubrimiento de los «intereses colectivos», la quiebra del concepto abstracto de ciudadano a favor de su consideración como sujeto específico de las diferentes políticas públicas —usuario de un servicio público o consumidor, por ejemplo— o, por qué no, la propia organización de determinados intereses sectoriales como auténticos grupos de presión explican la proliferación de estas modalidades participativas. Y todo ello ha triunfado gracias al ariete de la participación, concepto taumatúrgico que todo lo avala. Sin embargo, la realidad nos muestra que habrá que atender a la naturaleza de las entidades intervinientes, a la concreta definición de las funciones que asumen y al correcto engarce con la Administración y con sus «representados» para confirmar los presuntos beneficios que genera la participación en cada supuesto.

El éxito de la participación implica la superación definitiva de la exclusiva y excluyente dicotomía entre interés público e interés privado, ya que supone la aceptación de determinados intereses y valores colectivos que asumen una función de intermediación entre el ciudadano y la sociedad. En estos casos, el ciudadano se presenta portando un interés *uti cives* y no *uti singulus*, lo que no es óbice para afirmar que el ciudadano perseguirá, a través de la mejora

(8) Una completa visión de la relación entre ambos autores se encuentra en F. SOSA WAGNER, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

(9) Vid. E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par Michel Fromont, Bruylant, Bruxelles, 1969, pp. 115 y ss. Sin embargo, él mismo se encargará de eliminar cualquier perspectiva relativa a la configuración de un nuevo sistema de la ciencia del Derecho administrativo partiendo del concepto de «procura existencial» en su libro *Sociedad industrial y Administración Pública*, trad. Celestino Fernández de la Vega, edición de la Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, p. 89.

del servicio público o del funcionamiento de la Administración, una situación que redundará en su propio beneficio. El miembro de un sector profesional que plantea unas determinadas propuestas, el usuario del servicio público que propone determinadas mejoras en el funcionamiento del mismo, el vecino que formula las correspondientes alegaciones al plan de urbanismo actúan desde su condición de ciudadanos, pero representan también determinados intereses colectivos cuya consecución provocará beneficios, aunque no sean necesariamente materiales, en sus condiciones de vida.

A tal efecto, deberíamos distinguir en la actualidad lo que son estrictamente movimientos sociales de otras categorías distintas, como los grupos de presión, las corrientes de opinión o determinadas manifestaciones de la emoción popular. A priori, solo los movimientos sociales actúan en defensa de un valor trascendente al propio grupo. En las últimas décadas hemos asistido a una paulatina absorción de los movimientos sociales por los partidos políticos o a su fraudulenta transformación en grupos de presión.

Pues bien, el acervo teórico existente puede ser útil para explicar parcialmente qué es la participación, cómo se ejerce y por quién —o, dicho de otro modo, en calidad de qué—. Pero los problemas que plantea la participación actualmente también deben analizarse haciendo referencia al cuándo y al dónde. En efecto, el cuándo es esencial, por ejemplo, para entender la participación en materia de planeamiento urbanístico, territorial o hidrológico, ya que ante la inaplicación absoluta de los mecanismos de información y captación de información existentes en la redacción del plan, esta manifestación de la participación funcional se circunscribe al momento de la tramitación del plan. Y ello hace que estemos ante una participación «reactiva», pues los ciudadanos y sus asociaciones solo pueden enmendar o rechazar un texto ya completo. Y el dónde es también una circunstancia esencial en un sistema organizativo en el que la pluralidad de entes y su dispar naturaleza impide una visión única o uniforme de las diferentes manifestaciones de la participación orgánica.

Isaiah BERLIN (10) exponía una idea sobre la libertad que bien podría aplicarse al supuesto de la participación. Este genial filósofo decía: «Cada cosa es lo que es. La libertad es la libertad; no es la igualdad, ni la justicia, ni la cultura, ni la felicidad, ni la buena conciencia». Pues bien, el fenómeno de la participación ciudadana en las tareas administrativas no comporta automáticamente ni más igualdad, ni más justicia, ni más democracia. La participación no ha de entenderse como un bien en sí misma, sino como un instrumento más destinado a alcanzar los valores que ha de perseguir el ordenamiento jurídico y una sociedad razonablemente democrática.

(10) I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

Tal vez, la manifestación más evidente de la degradación que ha sufrido el fenómeno de la participación radique en que, muchas veces, ya no estamos ante una simple actividad «medial», instrumental; participar se ha convertido en un fin en sí mismo, en un negocio *per se*.

A tal efecto, no hemos de olvidar que, desde un punto de vista esencialmente ideológico, se suele abordar el problema de la participación del ciudadano en las funciones administrativas como el complemento ideal para subsanar las deficiencias de índole democrática que se han detectado en la tradicional estructuración del Estado de Derecho. Por otro lado, la conformación del Estado Social comporta necesariamente el incremento de la actividad administrativa. El aumento de la incidencia del Estado en ámbitos ocupados hasta entonces por la iniciativa social justifica la revitalización del fenómeno de la participación, que actúa cual mecanismo de contrapeso.

Y en este aspecto, en la confluencia o mixtura entre el Estado y la sociedad, descansa la cobertura ideológica del fenómeno de la participación. Ahora bien, dicho esto, cabe explicar que Estado y sociedad no son hoy ya realidades unitarias o unívocas, sino que se ha procedido a una atomización tanto del uno como de la otra. En efecto, la novedosa configuración del entramado de relaciones entre Estado y sociedad, como consecuencia, según la terminología usada por Massimo Severo GIANNINI, del tránsito del Estado de clase única al Estado de la pluralidad de clases, conlleva la aparición del principio de heterogeneidad de los intereses públicos, y la consustancial pluralidad de sujetos públicos, de técnicas y formas de intervención administrativa y de relaciones jurídicas en función de la posición jurídica que ocupan los destinatarios de la actividad administrativa (11).

Ahora bien, la pluralidad de clases debe entenderse como la pluralidad de sujetos que se presentan y representan como portadores de inquietudes y de valores concretos. Es más, lo que se fragmenta en el nosotros, como colectividad, y el yo, como ciudadano. Como ya hemos indicado, el ciudadano ya no se presenta como tal sino como consumidor, regante, afectado, paciente, estudiante o peñista, por poner unos pequeños ejemplos de la variada y variopinta fauna existente en nuestro hábitat social. Y, en ocasiones, se producen situaciones que se podrían explicar a través de la paradoja Galileo, es decir, escenarios en los que la parte es, cuantitativa y cualitativamente, más importante que el todo.

Por otro lado, el Estado fuertemente centralizado surgido tras la Revolución Francesa ha dado paso al fenómeno de la descentralización territorial y funcional, y ello sin contar la cesión de soberanía y competencias a entidades

(11) M.S. GIANNINI, *El poder público*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

supranacionales. Obviamente, los cambios producidos en la concepción del Estado y en la percepción de la sociedad han contribuido decisivamente a que se produjeran algunas mutaciones en el Derecho Administrativo actual. La ley como producto normativo abstracto, universal y general ha quedado relegada por la pluralidad de ordenamientos, desglosados a su vez en múltiples estatutos; el estricto mecanismo de la separación de poderes queda desmentido en la práctica diaria, caracterizada por la disociación entre la institución y la función, de tal manera que un mismo poder contribuye a cumplir distintas funciones públicas (entendiendo por éstas las resultantes de una ideal división de las tareas fundamentales del Estado: legislativa, judicial, ejecutiva) y una misma función es cumplida por distintos poderes; la centralidad metodológica del acto administrativo y su concreción en una ideal unidad indivisible cede ante las exigencias del devenir de la relación jurídica y de su proyección en el tiempo; y, por último, el Derecho sufre una mutación teleológica y deja de ser únicamente un «derecho-poder» para ser reemplazado por un «derecho-función».

A tal efecto, cabe recordar que el Derecho del Estado liberal intentaba garantizar un marco abstracto y general de «autonomía protegida». Su gran obsesión era garantizar un ámbito intangible de autonomía personal. De ahí que se equiparara legitimidad y legalidad, que una actuación era legítima en tanto en cuanto se hubiera respetado escrupulosamente una legalidad que se aplicaba con arreglo a criterios próximos al automatismo matemático.

Sin embargo, habrá un momento en el que surgirá la idea de utilizar el Derecho como medio de intervención social. El Derecho se convertirá en un medio para alcanzar determinados objetivos sociales. Lo que importará a partir de entonces serán los resultados que se obtengan. El Derecho está al servicio del logro de determinados objetivos sociales o de la realización de algunas funciones. Se impone, por tanto, la lógica promocional del Derecho, que no solo legitima sino que, en muchos casos, determina la actuación obligatoria de los poderes públicos, tal como queda reflejado en el artículo 9.2 de la Constitución española, que exhorta a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En consecuencia, no nos debe resultar extraño que la legislación administrativa haya incidido en el reconocimiento de los intereses legítimos colectivos o se haya producido una crisis en la noción de derecho subjetivo, tanto al producirse su extensión a ámbitos específicos de los sistemas sociales aportadores de prestaciones como al proliferar los diferentes estatutos de propiedad que contemplan a su vez derechos y situaciones jurídicas pasivas (cargas, obligaciones y deberes).

Sin embargo, uno tiene la sensación de que nunca, como hasta ahora, se han reconocido tantos derechos a los ciudadanos y nunca los ciudadanos se han visto tan poco reconocidos en esos derechos (12).

Por otro lado, solo es preciso constatar una realidad que, por evidente, tantas veces obviamos. Un Estado distribuidor y «manager» no ha de preocuparse solo de legislar sino que ha de asumir especialmente la función de actuar, y ello conlleva que el *locus* de la decisión se traslade del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas (13). En este contexto, es posible afirmar que en muchas ocasiones la lucha por la participación en el seno de la Administración es la lucha por repartirse el Presupuesto, herramienta esencial en la distribución de los bienes y servicios que presta el Estado. Y, a tal efecto, hay que recordar que se produce en ocasiones una ardua competencia por los derechos que nunca se dio en relación a las libertades clásicas. Esta competencia se agudizará cuando disminuyan los Presupuestos públicos, ya de por sí muy limitados ante el incremento exponencial de las necesidades sociales, en períodos de crisis económica. El reconocimiento de un derecho a una persona o un colectivo puede suponer una merma en los horizontes de expectativas de otros individuos o colectivos.

La crisis económica ha supuesto, además, la enésima quiebra del ya por sí exiguo papel predominante del aparato legislativo. Las constantes y llama-

(12) A tal efecto cabe recordar la iniciativa adoptada por el parlamento gallego, que promueve la participación ciudadana en una sección contenida en su página *web* y titulada «Legisla con Nosotros». En dicha sección se puede opinar sobre los proyectos de ley que se encuentran en tramitación y sobre otros temas de interés. En noviembre de 2010, cuando escribo estas líneas, existen dieciséis debates abiertos y sólo dos de ellos han concitado alguna opinión, sumando tres opiniones entre los dos. En ese mismo sentido, la Ley de Cortes de Aragón 9/2009, de 22 de diciembre, reguladora de los Concejos Abiertos, establece que los Municipios entre 40 y 100 habitantes puedan sustituir la Asamblea Vecinal del Concejo Abierto por un órgano municipal compuesto por cinco representantes del pueblo, ante la imposibilidad de lograr en muchas ocasiones el quórum de un tercio de vecinos que permite constituir la citada Asamblea. La parnasiana idea de la democracia directa sucumbe, una vez más, ante la abulia del pueblo, que muestra una innegable indolencia cuando los temas a tratar son ajenos a sus preocupaciones cotidianas y a sus intereses privados. En ese sentido R. RUBIO NÚÑEZ, («La guerra de las democracias», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 16, 2007, pp. 96 y 97) recuerda que apenas el 22% de los españoles dice estar asociado a algo, y solo un 12 % reconoce tener un papel realmente activo en la entidad a la que pertenece. En otras palabras, el 78% de españoles no entra en la dinámica de la participación activa. Además suele estar restringida al ámbito cultural entendido de modo amplio (actividades artísticas, deportivas, literarias, científicas, costumbristas, etc.) asistencial y del voluntariado, y es difícil encontrar su traducción en la participación política.

(13) Hace muy interesante reflexión al respecto M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pp. 61 y ss. A tal efecto, llega a considerar que la legislación ya no gira exclusivamente en torno a valores jurídicos, sino que se transforma en un instrumento auxiliar para la realización de otros valores, debiéndose adaptar a la dialéctica de éstos.

vas inejecuciones presupuestarias que estamos padeciendo confieren al poder ejecutivo el principal protagonismo a la hora de determinar qué partidas no van a ejecutarse y, en consecuencia, a qué sectores va a afectar especialmente el recorte de fondos públicos.

Desde hace tiempo se postula un cambio en la realidad de las Administraciones públicas españolas, un cambio paulatino de cultura administrativa. De una visión burocrática y formalista, de inspiración weberiana, la cultura de las modernas organizaciones públicas está mutando en un efectivo compromiso hacia los resultados. Frente al formalismo del proceder administrativo, que pone especial énfasis en la forma y en el procedimiento y obvia, aparentemente, el resultado y la calidad, se generaliza en nuestros días una visión de lo público donde se enfatiza el cumplimiento de los objetivos públicos y se gestiona bajo las pautas de la eficiencia y de la visión estratégica de lo público, todo ello como consecuencia de la interiorización de las prácticas propias del *public management*. La llamada «nueva gestión pública» ha ido calando en las Administraciones públicas modernas. En este sentido, cuando se habla de modernización administrativa se pretende acometer un cambio en la legitimidad de la actuación pública. Se dice que la legitimidad de las Administraciones Públicas no puede seguir sustentándose únicamente en la legitimidad institucional del mero comportamiento conforme a la legalidad formal, sino que además debe fundamentarse en la legitimidad por rendimientos, que se obtiene produciendo políticas, bienes y servicios públicos que respondan a criterios de evaluación de lo público socialmente aceptados.

Por otro lado, nunca deberíamos olvidar que cuando se adecuenta un espacio para una nueva realidad política estamos desplazando a otras fórmulas que venían ocupándolo. Cuando se postula «una democratización de la ejecución» se ha de saber que será a expensas de la intensidad intrínseca de la función legislativa. Cuando se estimula la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas se opta, sin ambages, por superar el tradicional principio de legalidad, sustentado en productos normativo-democráticos cerrados. Y es entonces cuando se empieza a hablar del nivel programático de la norma y de la quiebra del principio de generalidad que habría de inspirarla, salvaguardándose, en última instancia, un determinado ámbito de deliberada imprecisión (14). Por tanto, se pone en tela de juicio la concepción del Derecho moderno como un Derecho de juristas, que acarreó en su momento la consiguiente profesionalización de la judicatura y de la Admi-

(14) Resultan especialmente interesante en relación a esta asunto las reflexiones formuladas por M. CALVO GARCÍA, «Los límites de la seguridad jurídica: principios jurídicos y certeza del Derecho», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. V, Madrid, 1988, pp. 3153 y ss.

nistración. Y, en suma, se extiende la idea de que los juristas, amparados en la preocupación por las calificaciones formales de los conceptos, orientan la actividad administrativa hacia la satisfacción de los intereses propios del autor de la actividad y no, por el contrario, a la consecución de las aspiraciones de los destinatarios de la referida actividad. Así se procede a denostar un supuesto interés propio y espurio de la organización ajeno al abstracto interés general, para cuyo servicio y cumplimiento se concibió (15). Al final, lo que se plantea es la necesidad de «desalienar» el poder, de sacar a la luz aquellos ámbitos en donde se produce la ruptura de «la identidad entre gobernantes y gobernados», que es el gran dogma democrático y social contemporáneo (16). Aunque, en honor a la verdad, en medio de este marasmo que ha difuminado la relación entre gobernantes y gobernados y ha recurrido a términos deliberadamente imprecisos como «gobernanza», el problema ya no es tanto la ruptura de la referida identidad entre gobernantes y gobernados sino saber exactamente quién se arroga la función de gobernar y quién está dispuesto a asumir el rol de ser gobernado.

Todo ello contribuye al éxito social de la participación, que encuentra su pleno sentido en un contexto de desconfianza en la voluntad individual, de recelo hacia las libertades decimonónicas, de supeditación de los valores a la eficacia, de fragmentación social y de gresca territorial. Lo curioso del caso es que la sociedad española se encuentra especialmente a gusto en el magma de la crítica permanente a un Estado del que todo se espera.

II. POBRES SIN BACÍN, SACIADOS DE DERECHOS

Vaya por delante que en las sociedades industrializadas hay más marginados que pobres. Es decir, la indigencia social no es solo una cuestión de recursos económicos sino también de falta de integración. Las políticas asistenciales van mucho más allá del mero apoyo económico a los más necesitados y pretenden amparar a todas las personas con problemas de índole social. De ahí que se postule la creación de servicios sociales y de instrumentos de participación de la sociedad que contribuyan a mejorar el conjunto de las condiciones que operan sobre los necesitados o los marginados.

La nuestra es una sociedad sin privilegios estamentales y con derechos del hombre. Por ello, los inmigrantes no legalizados son también titulares de los

(15) Hermann KANTOROWICZ, «La lucha por la ciencia del Derecho», en el volumen colectivo *La ciencia del Derecho*, Losada Buenos Aires, 1949, p. 360, afirma acerca de los problemas que genera la aplicación del Derecho que «en todos estos casos es la voluntad el verdadero actor. La deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés».

(16) Tal como recuerda E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, p. 306.

derechos fundamentales y disfrutan de los derechos sociales básicos (educación, sanidad y servicios sociales). Ahora bien, según Antonio SERRANO, estas indudables conquistas generan un efecto contraproducente: como la exclusión ya no se considera un elemento consustancial, inherente, del programa social, tendemos a relajar la observación de las formas de discriminación, debilitando así nuestro ojo crítico. Así, por ejemplo, dirigimos nuestra mirada a aquellas personas que no gozan de estas conquistas en otros rincones del planeta (y nos apresuramos a poner en pie políticas de exportación de nuestros derechos) pero vemos poco a los que están excluidos entre nosotros. Y a estos los vemos menos no tanto por culpa nuestra (por culpa de nuestra hipocresía) sino por culpa del propio sistema social en que vivimos, el cual fragmenta y dispersa nuestra mirada. Las políticas sociales tienden, en consecuencia, a erradicar o paliar las consecuencias de la pobreza y de la marginación, pero también contribuyen a hacerlas invisibles, a esconderlas bajo un manto de derechos, en medio de continuas referencias a la justicia social e invocaciones a la participación y a la solidaridad (17).

Esta hipermetropía social que padecemos produce marginados transparentes, que acaban «integrándose» en nuestra sociedad de un modo más activo y vinculante que las capas altas, pues han de relacionarse permanentemente con la Administración asistencial de la que dependen aspectos básicos de su subsistencia y han de conocer los diversos horizontes de expectativas jurídicas. Sobreviven gracias a los diferentes servicios públicos y, en ocasiones, ven en el Estado social un «bazar de todo a cien». Y, sin embargo, cada vez son más dependientes de las decisiones que adoptan los otros estratos sociales a través de personas jurídicas, privadas o públicas, interpuestas. Se da, una vez más, esa constante histórica por la que los peligros y amenazas que acechan a algunos hombres cobran forma en el pensamiento jurídico-político de otros.

Hoy sería impensable un censo de pobres, que violentaría nuestras conciencias y mancillaría algunos de nuestros derechos, pero los pobres existen y compiten por unos servicios públicos que crean guetos invisibles —y algunos perfectamente visibles si observamos la ubicación y dotaciones de algunos barrios en los que se han construidos viviendas de protección oficial de promoción pública—, produciéndose la consiguiente segregación social. Y, por ello, olvidamos algunas cuestiones esenciales. La pobreza no es un asunto que deba medirse exclusivamente en términos monetarios. Ni siquiera consiste en una relación entre medios y fines. En las sociedades avanzadas, sobre todo, es una relación entre personas y, en consecuencia, un estatus social. Muchas personas se socializan a través de la sensación de inferioridad que mantienen frente a otras. Es decir, el hombre se socializa realmente cuando asume su

(17) A. SERRANO, «Pobres de bacín», en la revista *La expedición*, núm. 6, 1998, pp. 5 a 8.

alto grado de vulnerabilidad y de inseguridad. Y las políticas sociales ofrecen protección y seguridad a cambio de paz social, aunque sea a costa de desincentivar los mecanismos que provocan la movilidad social, aunque sea generando sociedades cada vez más rígidas, más estratificadas, en las que el ascenso y el descenso social son movimientos atípicos.

Por otro lado, es evidente que en la compleja sociedad actual lo que cada uno de nosotros es ya no viene predeterminado únicamente por el origen o el estatus social. De ahí que la infelicidad y el sentimiento de postración se extiendan a individuos de todas las clases sociales. Pobres obesos y ricos deprimidos, todo un paradójico paisaje social. Sin embargo, la posmodernidad resulta difícil de combatir debido a la segregación permanente de auto-inmunizadores que hacen imposible toda disensión, ya que transforman sus afirmaciones en verdades de fe ante las cuales solo cabe creer o no creer.

Y todas estas paradojas afectan directamente al núcleo de la participación. En el ámbito de los servicios sociales, los cauces de participación son utilizados, en ocasiones, no por los beneficiarios del sistema o por sus representantes legales sino por entidades u organizaciones que dicen representar sus intereses y aspiraciones. Esta «tutela» o «curatela» social permite tranquilizar las conciencias y eludir cualquier objeción acerca de los mecanismos de integración existentes.

Es más, el conjunto del sistema tiende a lo que podría denominarse una «sudafricanización social a la inversa», esto es, a la perpetuación de guetos sociales, cuya existencia es admitida y asumida plenamente por quienes sobreviven en esa situación social. En consecuencia, asistimos a un proceso de profundización de la sociedad dual, que no va a generar ningún tipo de conflicto sino que va a permitir la consolidación de los diferentes estratos sociales.

Pues bien, esta amalgama de paradójicas situaciones sociales se complica aún más con el batiburrillo estatutario acaecido en los últimos años. Las nuevas normas estatutarias recogen un sinfín de principios, derechos y deberes con idéntica fruición y mayor desparpajo que la propia Constitución. Los nuevos Estatutos dan acogida al contenido del artículo 41, en la medida en que dicho artículo hace referencia a la Seguridad Social en cuanto concepto que engloba todos los sistemas públicos de protección social, ya que en él se alude a la universalidad subjetiva («todos los ciudadanos»), a la generalidad objetiva («ante situaciones de necesidad») y a una acción protectora amplia («asistencia» y «prestaciones»).

Por ello, los Estatutos cuando recogen el catálogo de prestaciones de «Seguridad Social» incluyen la prestación en situaciones de dependencia y la renta básica de subsistencia. La mayoría de los Estatutos configuran todas

estas prestaciones como derechos y, excepcionalmente, como principios rectores. Contamos ya con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que intenta poner orden en esta situación. En efecto, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, tira por elevación a la hora de enjuiciar el Estatuto valenciano, que no debemos olvidar nunca es también una ley orgánica, e influenciado por las derivadas que genera el Estatuto catalán, lo dota de una aureola más propia de un texto constitucional que de un simple texto legal, restándole valor normativo inmediato. De ahí que esta sentencia siente la discutible presunción absoluta de que todo derecho proclamado en un Estatuto precisa necesariamente de un desarrollo normativo. Además, el nacimiento de un derecho público subjetivo estará supeditado a la necesidad de completar la regulación que haya realizado el legislador ordinario (18).

Por otro lado, a veces hay que recordar lo obvio, y así es preciso acordarse en estos momentos de que el derecho ha de ser justiciable, ha de permitir el ejercicio de la correspondiente acción ante los órganos judiciales. Esta última consecuencia derivada de la sentencia puede parecer chocante, pero, como analizaremos más tarde, no lo es tanto si nos atenemos a lo dispuesto en muchas normas existentes en este sector. Así, por ejemplo, las leyes de protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia reconocen derechos a los niños tan peregrinos como el ejercicio de la libertad de expresión y de cualesquiera otros derechos civiles y políticos, el derecho a conocer su pueblo o su barrio o el derecho a ser oídos en el ámbito familiar. Todos ellos son derechos legalmente reconocidos, con obligados aparentes. Ahora bien, qué consecuencias puede acarrear su incumplimiento, qué acciones podrían planearse para su reconocimiento, quiénes serían los directamente demandados, en qué se concretaría la estimación del recurso. Y todo ello nos obliga a preguntarnos si es el ámbito judicial el medio oportuno para resolver cuestiones directamente referidas a las más estrictas e íntimas relaciones personales o que conciernen a situaciones extrajurídicas que vinculan al individuo en trance de socialización con su comunidad.

Por último, no me resisto a comentar otro fenómeno, que demuestra nuestra capacidad para extender determinados derechos secundarios cuando se carece de los esenciales y para reciclar derechos como si fueran desechos. En consonancia con lo dicho anteriormente, al intentar integrar la inmigración difuminamos algunos de sus problemas más perentorios. En relación a este fenómeno, cabe recordar que su regulación contempla en nuestro país situaciones tan antagónicas como la expulsión expeditiva y la creación de un sinfín

(18) La STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Cataluña se reafirma en la doctrina anterior.

de órganos administrativos destinados a obtener información al respecto y dar una apariencia de normalidad e integración. Solo en el ámbito de la Administración General del Estado, la normativa sobre inmigración regula diferentes órganos con funciones de consulta o de coordinación interadministrativa. El Consejo superior de política de inmigración responde a ambas finalidades, pues es un órgano colegiado dependiente del Ministerio del Interior que posee carácter consultivo y coordinador de las políticas de inmigración de todas las Administraciones públicas y, por ello, se integran en él representantes de la Administración General del Estado, de las diferentes Comunidades Autónomas y de las entidades locales. Junto a él nos encontramos con el Foro para la integración social de los inmigrantes, en el que participan el Gobierno, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones sociales de apoyo. Sus funciones se limitan a la consulta, información y asesoramiento en políticas de inmigración. Como colofón, y con vocación de constituir un ejemplo de lo que podríamos llamar participación de expertos, se ha creado también el Observatorio permanente de la inmigración, en el que participan, junto a los diferentes representantes de las Administraciones territoriales, expertos en el análisis del fenómeno migratorio, universitarios y no universitarios, y en materias relacionadas con la estadística y la sociología. Como puede observarse, se recogen todas las formas de participación para analizar un fenómeno que tiende en ocasiones a desbordarnos.

III. EL DERECHO A PARTICIPAR EN UNA LEGISLACIÓN QUE PRIME LA PARTICIPACIÓN

Y con este magma social y jurídico que hemos descrito en el epígrafe anterior, no nos deberían resultar extraños algunos excesos de la legislación aprobada en este ámbito. Como compendio de la normativa anterior, que transcribe literalmente sin pudor en muchos preceptos, recaemos en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. De algunas leyes solo cabría esperar que no contribuyeran a crear nuevos problemas. Y no hemos de olvidar que la ley más importante que atañe a los servicios sociales se aprueba todos los años y tiene carácter presupuestario. La aprobación de esta norma parte de un proyecto de ley que se sometió a un arduo y lento proceso de participación en el que intervinieron un centenar de entidades.

La Ley se prodiga en el reconocimiento de todo tipo de derechos y trata de incitar y excitar a la Administración, con objeto de que ponga en marcha acciones, planes y programas. En eso se parece a la norma que derogó de 1987, en la que se prevenía la aprobación de un Plan Aragonés de Servicios Sociales en un plazo perentorio. Pues bien, dicho plan nunca se elaboró y, en consecuencia, nunca se aprobó. Ello no obsta para que se haya producido en

las últimas décadas toda una eclosión de normas en este ámbito. Esta inusitada proliferación ha provocado la redacción de preceptos de dudoso valor jurídico, de artículos que no establecían ningún mandato u obligación, que se limitaban a enunciar deseos, o, lo que es todavía más chocante, de normas que no identificaban a los sujetos obligados y, caso de hacerlo, no preveían ninguna reacción ante el posible incumplimiento de la dudosa obligación establecida. Lo peor del caso es que las normas inútiles desprestigian el valor de las auténticamente necesarias, de las verdaderamente inexcusables.

La Ley de Servicios Sociales de Aragón, incluye, entre los principios rectores del sistema de servicios sociales, el de participación ciudadana, afirmando que «los poderes públicos promoverán la participación de las organizaciones de la sociedad civil y de todos los sectores afectados en la planificación y desarrollo del Sistema Público de Servicios Sociales». El Título VI de la citada Ley 5/2009 regula el conjunto de los mecanismos de participación ciudadana en el Sistema Público de Servicios Sociales, destacando entre ellos, como órgano máximo de integración de dicha participación, el Consejo Aragonés de Servicios Sociales. Este, de acuerdo con el artículo 57.1 de la Ley, «constituye el órgano máximo de integración de la participación ciudadana, social e institucional y de consulta en materia de servicios sociales». Dicho Consejo constituye una fórmula de participación orgánica. Entre las que cabe caracterizar como funciones de consulta o asesoramiento, se incluye tanto la emisión de informe preceptivo sobre los anteproyectos de ley en materia de servicios sociales, los instrumentos de planificación estratégica y el catálogo de servicios sociales, como la emisión de los dictámenes que le sean solicitados desde el Departamento competente. También cabe incluir en este tipo de funciones la posible formulación de propuestas y recomendaciones a la Administración de la Comunidad Autónoma para la mejora del Sistema Público de Servicios Sociales o de la normativa sectorial vigente, y la deliberación sobre todas aquellas cuestiones que la persona titular del Departamento competente en materia de servicios sociales someta a su consideración. Entre las funciones en que predomina la labor de seguimiento o control, cabe citar la de conocimiento del proyecto de presupuestos de la Comunidad Autónoma en materia de servicios sociales, la de seguimiento de la ejecución de los planes y programas y de la ejecución de los presupuestos, y, finalmente, la de elaboración de un informe anual sobre el estado de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma de Aragón. Mediante el Decreto 190/2010, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, se ha aprobado su Reglamento (19).

(19) De acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la Ley, en la composición del Consejo Aragonés de Servicios Sociales, al igual que en el resto de los órganos de participación del Sistema Público de Servicios Sociales, ha de asegurarse la presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, los colegios profesionales, las personas usuarias de los servicios sociales y

Junto a los órganos colegiados en los que participan diferentes organizaciones representativas de los intereses sociales, la Ley de Servicios Sociales de Aragón prevé, asimismo, un órgano compuesto por representantes de las diferentes Administraciones competentes en nuestro territorio, el Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales, concebido como órgano permanente de coordinación administrativa entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las entidades locales de Aragón. La Ley de Servicios Sociales de Aragón, en su artículo 52, establece previsiones sobre la composición y funciones del Consejo Interadministrativo, pero remite al desarrollo reglamentario la regulación concreta de su composición, funciones y régimen de funcionamiento. Dicha norma ha sido aprobada mediante el Decreto 191/2010, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón.

No obstante, la participación se ha centrado especialmente en la elaboración del Decreto que ha de regular el catálogo de prestaciones del sistema público de servicios sociales de Aragón. El proyecto de Decreto, cuya elaboración ya contó la participación de las principales entidades que ejercen su actividad en este sector, ha sido sometido a información pública (20), a la par que se ha dado audiencia a las asociaciones representativas de intereses colectivos en el ámbito de servicios sociales. En este caso, la inclusión en el catálogo de un determinado servicio puede contribuir a garantizar la financiación pública. De ahí que, en este caso, la participación se traduzca

las entidades de la iniciativa social. La composición de los diferentes órganos del Consejo —Pleno, Comisión Permanente y Comisiones Sectoriales— garantiza dicha presencia y su naturaleza paritaria, con igual número de representantes de las Administraciones Públicas y de las diferentes entidades y organizaciones de la sociedad civil.

(20) En relación al trámite de la información pública es preciso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rebajado algunas de las perspectivas planteadas por la legislación de procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, las SSTs de 7 de mayo y 16 de mayo de 2008 han matizado el derecho contenido en el artículo 86.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el que reconoce a quienes presentan alegaciones u observaciones el derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada. Según el contenido de dichas sentencias, en los procedimientos de información pública de grandes proyectos de infraestructuras no existe la obligación administrativa de comunicar o notificar una respuesta individual o singular, de contenido diferenciado, a cada uno de quienes alegaron. Basta que el informe sobre las propuestas contenga razonadamente la elección de la alternativa elegida y que en el acto de aprobación del proyecto se expliciten las razones de la decisión en relación a las alegaciones presentadas. A este último acto se le dota de la publicidad necesaria a través de su inserción en el Boletín Oficial correspondiente. Ya mucho antes, la STC 119/1995, de 17 de julio, había negado que la información pública en un procedimiento administrativo constituyera un tipo de participación política, en sentido estricto. En dicha Sentencia, por la que se resuelve un recurso de amparo en relación a la audiencia de los planes de urbanismo, se dice que no todo derecho de participación es un derecho fundamental.

también en una legítima pelea por beneficiarse de determinadas partidas presupuestarias (21).

Ahora bien, no se pueda dar por concluido este capítulo sin recordar que se ha incumplido ampliamente el plazo previsto en la Ley para el desarrollo del catálogo de servicios, que iría unido al plan estratégico de servicios sociales, al mapa y a la carta de derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios sociales. Como ocurrió con la Ley de 1987 se incumplen las previsiones legales relativas al estudio de las necesidades sociales existentes en el territorio y a la planificación destinada a abordarlas y paliarlas. Y todo ello se hace en un contexto presidido por un proceso descentralizador en las comarcas, que se ha caracterizado por la ausencia de regulaciones específicas, de planificaciones generales o sectoriales y, por tanto, por una gestión absolutamente discrecional de esta materia por los referidos entes locales (22).

(21) No hemos de olvidar que la verdadera participación como influencia en la toma de decisiones se limita a un número reducido de sujetos. Esto ha permitido que algún autor haga referencia a una denominada «práctica selectiva» de la participación (J. CHEVALLIER, «La participation dans l'Administration française», en *Revue d'Administration publique*, núm. 39, II, p. 564). En otro orden de cosas, cuando la participación se articula a través de mecanismos que comportan una auténtica alternativa institucional, los desajustes en la definición de los criterios de representación pueden producir graves problemas de representatividad. Es el caso de la Universidad, donde determinados excesos a favor de la representación del alumnado tanto de carácter cuantitativo como de carácter cualitativo —al permitir su intervención en órganos, como los Consejos de Departamento, que requieren una especial cualificación técnica— han generado un déficit de representatividad, que se intenta paliar extemporáneamente con la «profesionalización» del representante. Todo ello comporta el dominio de la situación por las denominadas «minorías activas», lo que nada tiene que ver con la pretendida «democratización» de la alta institución académica. Cualquier aproximación a la realidad existente en nuestros Centros universitarios podrá detectar la presencia de representantes de los alumnos que pertenecen a todos y cada uno de los órganos de gestión del Centro. Muchos de ellos han sido elegidos para esos puestos en elecciones cuyo nivel de participación apenas ha superado el 10% del censo. Además, estos alumnos deciden sobre cuestiones tales como la de quiénes han de ser algunos de los miembros que han de integrar la Comisión que habrá de valorar los méritos e historial de los diferentes aspirantes a una plaza de los Cuerpos docentes universitarios o cuál es la Tesis Doctoral que se propone a efectos de la obtención del correspondiente Premio Extraordinario. Todo esto pone de manifiesto una de las cuestiones básicas sobre las que gira el tema de la participación y que excede ampliamente el ámbito estrictamente académico. Existe una concepción de la participación, aceptada sin grandes reticencias, que ve en ella el cauce idóneo de expresión de la voluntad de las minorías. Desde esta perspectiva, habría unas minorías activas que se integrarían en el sistema a través de las vías habilitadas por la participación. Lo curioso del caso es que la voluntad de las minorías se acepta jubilosamente siempre y cuando esas minorías no pertenezcan a la elite intelectual o profesional. Algunas de estas cuestiones ya las apuntó Georges VEDEL en *La experiencia de la reforma universitaria francesa: autonomía y participación*, Civitas, Madrid, 1978.

(22) Cuando se está culminando la redacción de este trabajo, a finales de marzo, aparece publicada en la prensa local la noticia de la perentoria convocatoria y constitución de los órganos de participación aludidos en este epígrafe para que «ratifiquen» el borrador de decreto del catálogo de prestaciones sociales y se pueda proceder a su aprobación antes de la terminación de la legislatura, precisamente cuando están prohibidos las inauguraciones de obras públicas y cualesquiera otro tipo de actos de dimensión electoralista.

En este estado de cosas, en principio no hay nada que objetar a la idea de participación que impregna al conjunto de las políticas realizadas en el marco de los servicios sociales. Otra cuestión distinta es la ejecución de esta idea y su plasmación en normas y acciones concretas. A tal efecto, debemos señalar que, en este ámbito, lo esencial es la determinación de los agentes que participan y las funciones que asumen, y no tanto la organización elegida para plasmar e fenómeno de la participación. Por ello, es posible encontrar fórmulas muy diversas para resolver cuestiones parejas, desde órganos administrativos adscritos a la autoridad competente en los que, como ya hemos visto, se hace efectiva la representación de intereses, hasta entes de naturaleza institucional, que pretenden ser una auténtica alternativa al modelo tradicional de Administración burocratizada. Por ello, es preciso realizar un breve análisis descriptivo de esta realidad (23).

IV. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA Y DESORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En primer lugar, existe en este ámbito la típica modalidad de participación orgánica, que consiste en la creación de órganos u organismos colegiados de composición compleja a los que se les ha atribuido funciones de control y asesoramiento de la actividad administrativa acometida en este ámbito. Se promueve de este modo la creación de un sinfín de órganos consultivos de carácter general (consejos territoriales de bienestar social) o sectorial (consejos de la juventud o de la tercera edad). En su composición se integran las diferentes Administraciones públicas competentes, las omnipresentes organizaciones sindicales y determinadas entidades privadas que, casi siempre sin un ánimo de lucro evidente, conforman lo que antaño se llamaba el tejido social.

Debemos destacar al respecto el elevado grado de atomización y dispersión de este fenómeno, pudiéndonos encontrar órganos de naturaleza y composición similar en los diferentes escalones de la organización territorial, con ciertas funciones que se solapan y con una previsión acerca de la composición de los mismos que admite situaciones que podríamos calificar de «dualidad representativa». En ocasiones, como afortunadamente se ha definido, se lesiona el «principio de congruencia participativa», y se da una especie de «círculo caótico» por el hecho de que quienes participan en una decisión son frecuente-

(23) Véase al respecto BARRANCO VELA, «El principio de participación en las leyes de servicios sociales», *Alternativas: cuadernos de trabajo social* núm. 2, 1993, pp. 231 y ss. Especialmente interesante es la lectura del trabajo de A. GARCÍA INDA, «La generalización del voluntariado, o la nueva militancia», en *El voluntariado: regulación jurídica e institucionalización social*, Egido, Zaragoza, 1999.

mente los mismos que participan en otra de signo contrario. A tal efecto, y aún a riesgo de ser reiterativo, cabe insistir en que la participación está limitada en fines, formas, medios y efectos. La pérdida de esta perspectiva conduce a la ruptura de la congruencia en instituciones necesariamente diseñadas desde la propia naturaleza de sus funciones (24).

A este problema contribuyen determinados factores que se soslayan cuando se proyecta la arquitectura de nuestra organización administrativa. Así, por ejemplo, una excesiva heterogeneidad en la composición de los órganos de participación conlleva la consiguiente exacerbación en la búsqueda de los intereses particulares y la tentación de «recrear» el interés general. Por otro lado, también se puede apreciar el carácter discontinuo de la participación, regulada y convocada tantas veces arbitrariamente por las Administraciones correspondientes, que le dota de un cierto carácter aleatorio y permite su manipulación mediática y de legitimación de decisiones por quienes desde las propias entrañas de la Administración cuentan con la capacidad para convocar e incidir en la actuación de los órganos donde se articula el fenómeno de la participación.

Y, además y sobre todo, el incremento de la participación administrativa acarrea una exoneración de la responsabilidad política, dado que las responsabilidades individuales se diluyen en el seno de órganos colegiados. A ello hay que unir que la responsabilidad jurídica frente a terceros de las autoridades y empleados públicos hace tiempo que desapareció de nuestro ordenamiento jurídico, ya que ha quedado limitada únicamente a los casos de mayor relevancia penal.

Al fin y al cabo, una forma de neutralizar este fenómeno consiste en exacerbarlo, es decir, en plantear «excesos» a la hora de configurar la composición de los órganos y entidades que sirven a la participación, hasta hacerla ineficaz. Bien podría hablarse en estos supuestos de la existencia de una «porción soluble» de la participación, lo que conduce a reconocer una «porción insoluble», que impide su adecuado funcionamiento. No hemos de olvidar que la verdadera participación, como influencia en las decisiones públicas, se limita a un número reducido de sujetos. Y habría que hacer en cada supuesto un análisis individualizado de cuáles son las organizaciones determinantes a la hora de tomar decisiones y qué criterios han permitido su posición dominante en el sistema, dado que, probablemente, nos encontraremos con situaciones en las que han prevalecido criterios predominantemente políticos.

También deberíamos plantearnos si es necesaria la presencia activa de las entidades sociales ahí donde el legislador ha previsto mecanismos añadidos

(24) A. PÉREZ MORENO, «Crisis de la participación administrativa», RAP núm. 119, 1989, p. 128.

de protección a determinados ciudadanos, como en el caso de la normativa reguladora de la protección de menores. En dicha regulación, aprobada tanto a nivel estatal como autonómico, se establece un detallado procedimiento de acogimiento y adopción con objeto de encontrar la familia más adecuada para el menor, sacrificándose la rapidez en aras de la seguridad y de la certidumbre sobre la idoneidad del núcleo familiar en el que va a insertarse el menor. En ese procedimiento intervienen equipos multidisciplinares de reconocida solvencia y especialización. Se distingue, asimismo, dentro de las situaciones de desprotección social del menor entre situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, y situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, lo que comporta la asunción por la entidad pública correspondiente de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor se intentan, además, agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que éste no quede desprotegido o indefenso en ningún momento, ampliándose las competencias del Juez al respecto. Ahora bien, lo que resulta especialmente interesante de esta Ley Orgánica es la relación de medidas e instituciones que intervienen para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores. Por ello, además de las garantías administrativas y judiciales, la Ley hace especial hincapié tanto en la intervención del Ministerio Fiscal como en la del Defensor del Pueblo, previéndose, además que uno de sus Adjuntos deba hacerse cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores. Algunas leyes autonómicas encomiendan también importantes funciones en esta materia a sus Comisionados Parlamentarios.

Por ello, deberíamos culminar este apartado con la siguiente pregunta: ¿tiene algún sentido un entramado asociativo en un ámbito donde los Jueces, los profesionales especializados de la Administración, el Ministerio Fiscal y los diferentes Comisionados Parlamentarios para la defensa de los derechos de los ciudadanos asumen importantes y concretas competencias en relación a los derechos de los menores?

V. LA IMPERCEPTIBLE FRONTERA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

Las difusas fronteras que separan lo público y lo privado se difuminan, aún más si cabe, en un ámbito en el que no existen a priori intereses lucrativos. Por ello, vamos a analizar esos quebradizos límites en tres planos distintos. El

primero hará referencia a las cuestiones que plantea la confusa personificación jurídica de algunas entidades propias de este ámbito. A continuación intentaremos escudriñar las consecuencias que genera la trabazón existente entre el llamado tercer sector y las Administraciones públicas que lo sustentan. Por último, y tras recordar algunas invocaciones a la participación de los usuarios en los servicios sociales, procederemos a analizar cuáles son algunos de los derechos más relevantes o curiosos contenidos en esta legislación.

Hacíamos referencia anteriormente a la reciente aprobación de la Ley de servicios sociales de Aragón, y es preciso traerla nuevamente a colación porque somos muchos los que tenemos la impresión de que la ley ha perdido la oportunidad de resolver la principal cuestión, a saber, qué ámbito es irreductiblemente público y cuáles son las fórmulas de colaboración con las entidades privadas, incluidas las que integran un pujante sector empresarial, que está creando en la actualidad más puestos de trabajo que ningún otro.

Por otro lado, no hemos de olvidar que la forma de personificación de las entidades puede acarrear no solo un cambio en el régimen jurídico aplicable sino también un intercambio en los papeles que asumen los diferentes sujetos que intervienen.

Tampoco estaría de más recordar que la distinción entre entidades de iniciativa social y mercantil parece ceñirse a cuestiones relacionadas con las formas jurídicas utilizadas para su constitución. Sin embargo, algunas veces y bajo el revestimiento de personas jurídicas sin ánimo de lucro, como las fundaciones, pueden subyacer también intereses de índole lucrativa. Creo que no es inoportuno insistir en que, antaño, la fundación se definía como la dotación de un patrimonio para la consecución de un fin. En la actualidad más bien parece lo contrario, esto es, la declaración de un fin para conseguir un patrimonio. Y a ello ha contribuido el furor fundacional de entidades públicas y de agentes sociales.

En relación a los entes públicos, deberíamos diferenciar entre las fundaciones equiparables a las instituciones públicas y las fundaciones privadas constituidas por los poderes públicos (25).

En efecto, es preciso distinguir entre una fundación pública, en sentido estricto, y las fundaciones de naturaleza jurídico-privada que pueden estar impulsadas y gestionadas por entidades públicas. De todos modos, y en el peor de los casos, una fundación promovida por una Administración debe adecuar su actuación a determinadas normas propias del derecho público en

(25) En relación a esta materia resulta de especial interés y actualidad el capítulo de J.L. PIÑAR MAÑAS, «Asociaciones y Fundaciones» en el libro de J. BERMEJO VERA y F. LÓPEZ RAMÓN (Directores) *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 2107 y ss.

materias tan variadas como la contratación pública, la selección del personal o las normas presupuestarias y contables que les sean de aplicación. Dicho de otro modo, el carácter público de la entidad promotora impide la «huida» de las normas esenciales que caracterizan el Derecho público y que giran en torno a principios irrenunciables, tales como la publicidad o la libre —y no discriminatoria— concurrencia.

No hay que olvidar tampoco que las Administraciones Públicas pueden optar por crear entidades sometidas al Derecho privado, bien sea en el ámbito de la iniciativa social o cultural (fundaciones) o bien sea en el ámbito de la iniciativa mercantil (empresas públicas).

Por otro lado, esta dualidad entre fundaciones equiparables a las instituciones públicas y fundaciones privadas constituidas por los poderes públicos constituye una constante en la regulación de algunos sectores de intervención social y ha sido especialmente relevante en el ámbito de la sanidad (26).

Por otro lado, y en relación al llamado tercer sector, esto es, el grueso entrado de entidades privadas presuntamente sin ánimo de lucro, cabe plantear algunas cuestiones que frecuentemente son obviadas. (27) Tradicionalmente, se ha acudido a un sistema de conciertos con determinadas entidades, que

(26) No obstante, es preciso aclarar que no se puede extrapolar lo ocurrido en el ámbito sanitario al sistema de servicios sociales. Y ello es así porque las fundaciones gestoras de los servicios sanitarios obtienen su legitimación de una normativa sectorial, específica y propia, cuyo primer antecedente legislativo es el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el INSALUD, que va a ser el precedente de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Posteriormente, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, regula las fundaciones públicas sanitarias asimilándolas al régimen de las entidades públicas empresariales, esto es, entidades de naturaleza jurídico-pública que ajustan algunas parcelas de su actuación al ámbito del Derecho privado. A tal efecto, hemos de recordar que las fundaciones constituidas por las entidades públicas en el ámbito de los servicios sociales se constituyeron con arreglo a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General o de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50/2002, de Fundaciones, que se ha limitado, en su Capítulo XI, a regular las fundaciones del sector público estatal. Ambas normas se limitan a una regulación de la institución fundacional desde el punto de vista civil, sin que, en ningún caso, constituyan títulos habilitadores que interfieran en la organización administrativa ni el ámbito competencial propio de otros entes públicos. De ahí que haya que estar en cada caso a la ley sectorial estatal o autonómica que configure un determinado sistema público de protección para establecer qué figuras y con arreglo a qué competencias pueden asumir la gestión de determinados servicios de naturaleza pública, como ya hemos analizado en el ámbito sanitario. Puede consultarse al respecto J.M SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006.

(27) Véase al respecto O. HOMS I FERRET, *Los retos del tercer sector ante la crisis*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2009, M. HERRERA, *El Tercer Sector en los sistemas del bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, y VV. AA., *¿Trabajo voluntario o participación? Elementos para una sociología del tercer sector*, Tecnos, Madrid, 1997.

se caracterizan por su carácter no lucrativo, para resolver problemas acuciantes que incidían en el desarrollo vital y, más aún, en la supervivencia de las personas que requerían de una inmediata asistencia. Todo ello ha forjado un entramado de relaciones de colaboración con el sector privado, que debería ser respetado parcial, transitoria y excepcionalmente en el caso de que se pretendiera la sustitución del sistema tradicional de la acción concertada por otro más acorde con los asépticos principios de la contratación pública. Es decir, existen entidades cuyo papel histórico está constatado y ha sido fundamental para el mantenimiento del sistema. Ahora bien, el nuevo afloramiento de entidades comporta también un riesgo de fragmentación de los fines que se persigue y una segmentación de las acciones que se propugnan, contrario a las sinergias que deberían imponerse en este ámbito.

Vamos a desarrollar esta última idea que puede ser clave en el futuro funcionamiento de este sistema de protección social. El tercer sector, las entidades no lucrativas, no pueden financiarse con las cuotas de sus miembros o de sus «socios». De ahí que dependan de la financiación pública, lo que va a producir determinadas distorsiones. En primer lugar, se va a reducir la crítica a un poder público que sostiene económicamente a estas entidades. Por otro lado, el tercer sector vive en una permanente situación de incertidumbre, ya que la mayoría de sus ingresos va a depender de la obtención de las correspondientes subvenciones. Ello lastra la actuación de estas entidades, que deriva hacia su burocratización, pues van a destinar gran parte de sus esfuerzos a la realización de proyectos y programas que les permitan acceder a la pertinente subvención, descuidando de este modo los fines asociativos. Es más, no solo se aprecia una tendencia irresistible a la burocratización sino también, y lo que es más grave, a la tolerar pequeñas corruptelas necesarias para la subsistencia de la entidad. Me explico. La entidad ha creado una pequeña estructura para relacionarse con la Administración. Su funcionamiento requiere de un local y de unas personas dedicadas a desarrollar tareas de corte burocrático. Pero lo que la Administración subvenciona son programas o proyectos concretos. De ahí que, como ocurre en otros ámbitos como el de las ayudas a las entidades locales, se infle el presupuesto del programa o proyecto con objeto de poder sufragar los costes diarios, los gastos corrientes del funcionamiento de la entidad. Por otro lado, y dado que uno de los criterios para el otorgamiento de subvenciones puede ser el número de socios de la entidad, se fomenta una competencia un tanto absurda por la captación de socios. La gran paradoja del sistema de la solidaridad y el altruismo es que favorece una competencia, a veces desleal, entre las entidades afines por el reparto de recursos. Se pierde, por tanto, capacidad para la movilización social, mientras se prodigan los esfuerzos destinados a captar fondos, tanto públicos como privados. Con ello, se acentúan los perfiles organizativos y funcionales propios de una empresa de servicios. Surge lo que se ha dado en llamar la «caridad-business».

Obsérvese la perversión que, al final, caracteriza todo el sistema. A través de la convocatoria de subvenciones son los poderes públicos los que determinan cuáles son los fines y las actividades que han de considerarse prioritarias, con lo que se condiciona parte del funcionamiento de las entidades no lucrativas. Es más, entre las propias Administraciones públicas se produce el mismo fenómeno y el Estado intenta incidir en las competencias autonómicas a través del establecimiento de partidas presupuestarias destinadas a orientar las políticas sociales. Las Comunidades Autónomas reaccionan recurriendo ante el Tribunal Constitucional algunas de esas partidas y dilatando el concepto de acción social para lograr una extensión de su ámbito competencial. De hecho, desde las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional al respecto (la STC 76/1986, de 9 de junio, por la que se integran en el concepto de asistencia social los derechos profesionales y pasivos del personal que prestó sus servicios en la Administración del País Vasco antes de su reconocimiento constitucional y la STC 146/1986, de 25 de noviembre, por la que se admite la financiación por la Administración General del Estado de programas de acción social) hasta las más recientes (la citada STC 239/2002, de 11 de diciembre) se ha consagrado, con alguna salvedad, un reconocimiento implícito de una especie de *spending power*, que permitiría la discrecional intervención en este ámbito de las diferentes Administraciones públicas implicadas en la construcción normativa del Estado del bienestar. Entre medio, la STC 13/1992, de 6 de febrero, por la que el Tribunal Constitucional solo declara inconstitucionales las partidas destinadas a transferencias a familias e instituciones sin ánimo de lucro para financiación mediante convenios-programa y las transferencias de capital a familias e instituciones sin ánimo de lucro para la supresión de barreras arquitectónicas, porque su gestión podía «regionalizarse». A nadie puede extrañar que, tras el panorama descrito en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el condicionamiento de las políticas locales, sobre todo en los pequeños municipios, por las Comunidades Autónomas, a través de la financiación de programas y proyectos, sea prácticamente total.

Tras décadas de descentralización, tras lustros de generar políticas que contemplen y acojan la participación ciudadana, el sistema vuelve a articularse, a través de los mecanismos de financiación, de arriba a abajo. El dinero vuelve nuevamente a ser decisivo a la hora de determinar quién decide y quién manda.

Por otro lado, debemos cumplir con el propósito inicial y, a tal efecto, recordar que la normativa vigente en este ámbito contempla mecanismos de participación de los usuarios de los servicios y de los titulares de las prestaciones. La imposibilidad real de que muchos de estos usuarios, por sus condiciones personales o sociales, participen plenamente en el control de la gestión de estos servicios, hace mucho más relevante el estudio de los catálogos de derechos de los usuarios de servicios sociales que se incluye en toda esta legislación.

Ahora bien, la introducción de estos listados generales de derechos y deberes no responde a otro fin (en la mayor parte de los supuestos que introducen) que el de servir de mero recordatorio de algunos —ni siquiera todos— derechos y obligaciones que aparecen dispersos en otras normas jurídicas, ya sean de tipo general o sectorial (derechos fundamentales recogidos en la Constitución española, derechos *al* y *en* el procedimiento previstos en la LRJPAC o derechos reconocidos en normativas tan dispares como la relativa a la protección de los consumidores y usuarios o la destinada a proteger los datos de carácter personal).

En este sentido, la utilidad de dedicar artículos a una regulación parcial y selectiva de los derechos y deberes de los usuarios de servicios sociales es más bien relativa, si bien se considera útil y didáctica. Y ello porque el reconocimiento de tal derecho o el establecimiento de una obligación para el usuario, no deriva, en un porcentaje muy elevado de supuestos, de su incorporación al listado contenido en la correspondiente legislación de servicios sociales, sino de su inclusión en las referidas normas generales o sectoriales, de manera que para conocer realmente cuál es el contenido del derecho enunciado no debemos acudir a la legislación de servicios sociales sino a las normas generales o sectoriales de las cuales traen causa esos derechos y obligaciones meramente enunciados en la referida legislación.

A tal efecto, cabe recordar el criterio establecido por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 336/2006, de 23 de marzo de 2006, al pronunciarse sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, en el sentido de *«suprimir el listado de referencia, lo que no impide que se incluya una declaración genérica... parece más adecuado que en este artículo de la ley proyectada se especifiquen los derechos que derivan de la regulación que se introduce o los que se reconocen en relación con su aplicación»* (28).

(28) Tanto la Exposición de Motivos como el artículo 1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, reconocen el «derecho subjetivo de ciudadanía» a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situaciones de dependencia «en los términos establecidos las leyes». Aunque, tal vez, hubiera sido más correcto decir que estas leyes reconocerán determinados derechos subjetivos para el logro de las finalidades previstas en las mismas. Por otro lado, se ha apreciado que la aplicación de esta ley, y el interés por percibir la prestación para cuidados familiares —que acarrea la afiliación a la Seguridad Social del cuidador—, trae la perniciosa consecuencia de que muchos usuarios sean sacados de unos servicios sociales que deberían constituir el eje vertebrador del sistema. En Aragón, más del 60% de los beneficiarios reciben una ayuda económica, cuando en los objetivos de la ley de Dependencia se insistía en que la prestación de servicios primaría sobre las ayudas económicas, que tendrían un carácter de excepcionalidad. Nunca insistiremos lo suficiente en la idea de que los servicios deben constituir la parte esencial del sistema y las prestaciones económicas han de ser complementarias. Sin embargo, las tradicionales técnicas jurídicas permiten un más fácil reconocimiento de «derechos subjetivos» cuando nos movemos en el ámbito de los «derechos de crédito» que en el de los servicios.

Por último, cabe recordar que algunos de los derechos recogidos en la legislación sobre servicios sociales hacen alusión directa al fenómeno de la participación, aunque apenas la concretan ya que remiten a un desarrollo reglamentario posterior. En efecto, a veces resulta absurda la traslación sin matices de ciertas formas de participación de los usuarios de otros sistemas —pensemos en el educativo, por ejemplo— al ámbito de la acción social. Así, por ejemplo, es habitual ver plasmado en la normativa que la financiación pública de un centro obliga a implantar mecanismos de control y aplicación de los recursos financieros con participación, entre otros, de los interesados. Pero, a veces, esta declaración bienintencionada es inviable articularla en la práctica. Muchos de los beneficiarios de la acción social adquieren esta condición por el grado de marginalidad que implica la incapacidad para desenvolverse por sí solos y, además, por las carencias del entorno social —y, en especial, del familiar— para resolver en ese ámbito los problemas derivados de dicha marginalidad. Más absurda resulta a veces la previsión legal que exige de estas entidades privadas una estructura interna democrática para acceder al sistema de subvenciones o para determinados reconocimientos públicos. Ni las entidades dependientes de la Iglesia ni muchas fundaciones, por la propia naturaleza intrínseca de la fundación, pueden acreditar ese funcionamiento democrático. Por ello, estas normas se soslayan en un sistema de subvenciones, ayudas implícitas, conciertos específicos y convenios encubiertos, que exigen del concurso de todos, máxime cuando la demanda de servicios se ha incrementado exponencialmente, y ha crecido a un ritmo muy superior al de la oferta de recursos públicos.

Como colofón a este epígrafe, y dado que mezcla las sucesivas cuestiones que hemos analizado en el mismo, debemos recordar que en los últimos años se ha intentado dotar de contenido empresarial a las actividades propias de los servicios sociales. Sin embargo, asistimos a una debacle del sector, producida por la fraudulenta competencia que supone la economía sumergida, cuyo control es prácticamente imposible, y por la perniciosa aplicación de la Ley de dependencia, que propicia, en contra de las propias previsiones de la Ley, la entrada de cuidadores familiares o informales. Lo sorprendente es que todo esto le supone un gran ahorro a las Administraciones públicas ya que la cuantía de la prestación económica vinculada al servicio es casi el doble de la prevista por cuidados del entorno familiar. La diferencia es que una repercute en el servicio y la otra en la cartilla del allegado.

La situación es tan absurda que algunas de las empresas del sector han creado entidades sin ánimo de lucro, asociaciones o fundaciones, que les permitan acceder a las correspondientes subvenciones públicas y así financiar implícitamente determinados proyectos profesionales. Es curioso, el modelo aparentemente altruista de las ONGs permite obtener más «beneficios» que el modelo empresarial.

Todo ello provoca una desprofesionalización de un sector que se ha pretendido equiparar a otros servicios públicos, como la sanidad, pero que parece retornar en algunos aspectos a los tiempos de la beneficencia.

VI. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS: UNA CUESTIÓN DE APTITUD, MEDURA Y HONRADEZ

En la antípoda de la técnica de la representación de intereses nos encontramos con la llamada participación de expertos. Con frecuencia, se apela a la participación de expertos no integrados con funciones específicas dentro de la Administración actuante para integrarlos en órganos públicos, bien permanentes, bien ocasionales o transitorios, a los que se encomienda un estudio o formular propuestas concretas sobre un determinado tema. Esta es la fórmula idónea para resolver aquellas cuestiones relacionadas con la llamada «discrecionalidad técnica» de la Administración, pues se les exige un enjuiciamiento objetivo de la cuestión, tendente a conseguir valoraciones objetivas e imparciales en puntos importantes afectados por su especial pericia técnica.

La participación de expertos no ha gozado, curiosamente, de gran predicamento en las últimas décadas. Tal vez, porque algunos la vinculan al régimen preconstitucional. Al fin y al cabo, en 1977, existía un amplio abanico de modalidades, que incidían en los ámbitos de la expropiación, de la concentración parcelaria, de las exportaciones, de la sanidad, del urbanismo, de los transportes terrestres o de la contratación administrativa. Y, sin embargo, esa rica realidad no era patrimonio único de la «democracia orgánica». La creación de órganos *ad hoc* integrados por expertos gozaba de un justo prestigio en el Reino Unido a través de las *Royal Commissions* (29).

Cabe recordar, en este momento, la importancia histórica de los Jurados Provinciales de Expropiación, que, a pesar del nombre y de estar presididos por un Magistrado, son órganos de la Administración General del Estado. Es preciso destacar la reiterada doctrina jurisprudencial ilustrativa de la presunción de legalidad y acierto de los acuerdos dictados por estos órganos de tasación, salvo en aquellos supuestos en que se incurre en una infracción legal, un error de hecho o una desafortunada apreciación de la prueba. No obstante, en ocasiones, estos órganos han visto como eran rebatidas sus valoraciones por los Tribunales Contencioso-Administrativos mediante la técnica procesal del dictamen pericial. Esta jurisprudencia ha venido alentada por la intromisión de

(29) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La participación del administrado en las funciones administrativas», pp. 312-313. Asimismo, cabe recordar que una de estas comisiones, la que llevaba el nombre de Skeffington, publicó en 1969 el informe titulado *People and Planning* que recoge determinadas cuestiones relacionadas precisamente con los problemas que plantea la participación.

los Jurados en ámbitos ajenos a su función, como, por ejemplo, la declaración acerca de la validez o invalidez de un contrato.

Y también es necesario advertir sobre los riesgos que supone toda una legislación autonómica que crea órganos similares pero de diferente composición, ya que prevé que todos sus miembros procedan de la Administración autonómica, lo que debería suponer una merma de la presunción anteriormente enunciada.

El urbanismo también nos ha puesto de manifiesto las lacras en las que puede incurrir esta participación de expertos. Tradicionalmente se han constituido órganos colegiados integrados por expertos que, con diferentes nombres (comisiones de urbanismo, comisiones de ordenación territorial, comisiones de urbanismo...), debían emitir informes o adoptar acuerdos en relación al planeamiento urbanístico. Sus funciones no se limitaban a un mero control de la legalidad, dado que podían apreciar y eliminar las decisiones presuntamente arbitrarias adoptadas en el ámbito local o considerar preferentes determinados intereses supramunicipales en juego. Con la experiencia práctica han aflorado situaciones absurdas. Porque absurdo es que en un órgano colegiado las abstenciones provocadas por el conflicto de intereses que afecta a sus miembros superen el de votos emitidos. Y esta situación de «compatibilidad» del ejercicio libre de la profesión y de pertenencia a estos órganos colegiados provoca presunciones de parcialidad. O, en todo caso, genera dudas sobre la independencia de los miembros de estos órganos, con el consiguiente riesgo de que la clase política aproveche esta «debilidad» de la posición del experto para hacer prevalecer sus criterios políticos o para relajar los controles internos de legalidad.

Entre las fórmulas que recogen la llamada participación de expertos en el ámbito de los servicios sociales, cabe destacar el supuesto de la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción.

A tal efecto, cabe recordar que el artículo de la 107.2 LRJPAC permitió que las leyes pudieran sustituir el recurso ordinario por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo el procedimiento administrativo.

Dicho precepto ha sido modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que ha sustituido las referencias al recurso ordinario por las relativas al recurso de alzada y ha reconocido la posibilidad de regular estos procedimientos en sustitución del recurso de reposición potestativo. En cualquier caso, el artículo 109, en su apartado b), de la referida LRJPAC establece que las resoluciones

de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 agotan la vía administrativa.

Ello permitió a la legislación aragonesa establecer la creación de una Comisión que resolviera las reclamaciones o impugnaciones que se interpusieran contra los actos de los órganos que tuvieran atribuida la competencia en relación al Ingreso Aragonés de Inserción (30).

Pues bien, en relación al funcionamiento de dicha Comisión cabe extraer algunas conclusiones, que no han de coincidir necesariamente ni con las expectativas creadas ni con los planteamientos iniciales.

En primer lugar, cabe destacar que, con independencia de los cálculos necesarios para la determinación de las rentas de los solicitantes o beneficiarios del Ingreso Aragonés de Inserción, existe un concepto jurídico indeterminado previo e indispensable para la obtención de la prestación, que no es otro que el de hallarse en una «situación de necesidad». En la detección y determinación de esta situación de necesidad es preciso valorar ciertas condiciones sociales de los solicitantes de las rentas mínimas, cuyos ingresos o relaciones familiares pueden ser fácilmente ocultados o manipulados. La presencia de técnicos independientes que valoren esos indicios contribuye a dotar a la actuación de estos órganos de una aureola de imparcialidad, sin que los informes o las resoluciones administrativas estén mediatizados por las relaciones de jerarquía propias de la organización administrativa.

Por otro lado, un gran número de expedientes hacen referencia a la extinción de la prestación como consecuencia del incumplimiento de los compromisos que asumió el beneficiario de la prestación y su unidad familiar cuando el titular de la prestación suscribió los correspondientes Acuerdos de Inserción. A tal efecto, hay que recordar que el cumplimiento de los Acuerdos de Inserción por parte de los beneficiarios de la prestación constituye una condición indispensable para conservar el derecho a la referida prestación, con independencia de que, excepcionalmente, pueda acordarse la suspensión de la obligatoriedad del cumplimiento de dichos Acuerdos en situaciones de excepcional gravedad. Por otro lado, cuando alguno de los beneficiarios incurra en un incumplimiento —no imputable al resto de la unidad familiar— de los Acuerdos de Inserción o de las obligaciones establecidas con carácter general en la normativa reguladora de esta prestación, se podrá reducir el montante de la prestación en la parte proporcional que corresponda a dicho miembro o miembros de la unidad familiar perceptora. Pues bien, en la valoración de estos incumplimientos entran circunstancias que deben abordarse desde una

(30) Ya tuve ocasión de pronunciarme sobre el funcionamiento de este órgano, del que fui miembro en sus dos primeros años, en «La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción», publicado en la Revista *Justicia Administrativa*, núm. 6, pp. 311 y ss.

cierta sensibilidad social, ajena a lo que sería una mera aplicación aséptica de la norma, lo que vuelve a poner de manifiesto la importancia de contar con técnicos independientes y, en consecuencia, con personas distintas a las que han incoado, tramitado, informado y resuelto inicialmente el expediente administrativo.

Asimismo, la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción ha actuado sobre expedientes en los que existían algunas contradicciones entre los informes de carácter social que se emitían por los empleados municipales y los informes de los técnicos de las direcciones provinciales. No hay que olvidar que el empleado municipal se encuentra, para lo bueno y para lo malo, mucho más cerca del solicitante o del beneficiario del Ingreso Aragonés de Inserción, mientras que los equipos multidisciplinares de la Administración periférica de la Comunidad Autónoma se mantienen más distantes, aunque también están más influenciados por el órgano que va a resolver la concesión o denegación de la prestación. En estos casos, la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción debe saber casar los datos contenidos en los distintos informes e interpretar las intenciones subyacentes en los mismos. A tal efecto, y a través de la persona que actúa como Secretario de la Comisión, normalmente se procede a recabar más datos y se interpela a los autores de los informes sobre cuestiones incluidas en los mismos. Con todas estas informaciones, la Comisión cree disponer ya de datos suficientes para actuar.

Por último, debemos recordar que la Comisión no se ha limitado a resolver las reclamaciones que se le han planteado. También ha dictado instrucciones dirigidas a los órganos competentes de la Administración asistencial aragonesa destinadas a orientar y, en su caso, mejorar su funcionamiento.

En suma, el funcionamiento de la Comisión ha puesto de manifiesto que la participación de expertos, con su alejamiento de las aristas personales del problema social subyacente, no solo no ha restado legitimidad a las actuaciones administrativas sino que les ha dado un *plus* de respetabilidad en un ámbito propicio para la desconfianza. Y ha demostrado, una vez más, que el jurista cabal suele tener la capacidad suficiente para entender los condicionantes sociales en el momento de dictar la resolución oportuna, sin que por ello se pierda el rigor jurídico exigible.

LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA AL SERVICIO DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: LUCES Y SOMBRAS^(*)

CÉSAR CIERCO SEIRA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. UN ESCENARIO PROPICIO PARA CONFIAR EN EL NUEVO IMPULSO DADO A LA SIMPLIFICACIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA: 1. ¿*Quid novi est en el viejo frente de la simplificación administrativa?* 2. La elección inconcusa del instrumento de simplificación: las tecnologías de la información y de la comunicación. 3. El extraordinario arropamiento normativo del reverdecimiento actual del principio de simplificación.– II. LOS FACTORES QUE CON CARÁCTER GENERAL ACENTÚAN LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. La progresión secuencial y sus principales escollos. 2. La dilatación temporal de la resolución del expediente. 3. La carga documental impuesta a los interesados. 4. El coste económico que representa la tramitación del expediente para los interesados. 5. La confluencia descoordinada de varios procedimientos administrativos sobre un mismo objeto.– III. LOS RIESGOS DE LA ACTUAL CORRIENTE DE SIMPLIFICACIÓN, LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA COMO FÓRMULA AUTOMÁTICA E INFALIBLE PARA HACER MÁS SENCILLO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. El riesgo de un tránsito irreflexivo hacia lo electrónico. 2. La tramitación electrónica tiene también importantes dosis de complejidad. 3. La posible existencia de alternativas más eficientes para con los fines de la simplificación. 4. Un débil amarre para serenar el tránsito a lo electrónico: el análisis de rediseño funcional y simplificación.– IV. LA AUSENCIA DE UN ABORDAJE INTEGRAL DE TODAS LAS FACETAS VINCULADAS A LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. El riesgo de un «deslizamiento» de la complejidad. 2. La reducción de la carga documental que pesa sobre los interesados. El derecho a no presentar datos y documentos en poder de las Administraciones. 3. La fusión aparente de las autorizaciones conexas en el marco de la Directiva de servicios: la ventanilla única de servicios. 4. El tratamiento superficial de la complejidad provocada por algunos «baches» de la tramitación común del procedimiento administrativo. 5. Lo que se echa en falta: un compromiso firme por el acortamiento de los plazos y por la gratuidad de las actuaciones.– V. FINAL.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 29 de diciembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 10 de enero de 2011.

RESUMEN: El formidable impulso que ha recibido el principio de simplificación en los últimos años tiene tras de sí una estrategia que ha acertado a aislar con una inédita determinación el instrumento de simplificación: la introducción de medios electrónicos en la gestión administrativa. Ocurre, sin embargo, que la aprobación unánime con que cuenta esta forma de encarar la complejidad administrativa y el deslumbrante abanico de virtudes que se le atribuyen —a menudo de forma apodíctica— llevan con frecuencia a preconizar una conversión electrónica de todo el panorama procedimental. Tan es así que se llega a difuminar la condición de medio y no de fin que en puridad corresponde a lo electrónico en tanto que instrumento puesto al servicio de la sencillez y simplicidad de la acción administrativa. Conviene por eso mismo serenar la pujanza de los medios electrónicos para, sin desincentivar el proceso ni cuestionar sus virtudes, hacer caer en la cuenta de los peligros de la utilización irreflexiva y acrítica de la fórmula electrónica como receta, única e infalible, a la hora de combatir la complejidad administrativa. La simplificación de las maneras de hacer de nuestras Administraciones constituye un reto de tal envergadura que requiere sin duda de una amplitud de miras capaz de advertir que son muchos los frentes que salen al paso —problemas secuenciales de trámites, carga documental de los interesados, tiempo, coste económico...— y que es ésta una empresa en la que, por su propia dimensión y hechura, se agradece la participación de cuantas técnicas de simplificación, viejas y nuevas, estén al alcance.

Palabras clave: simplificación administrativa; administración electrónica; procedimiento administrativo; derecho a no presentar documentos en poder de las Administraciones; ventanilla única.

ABSTRACT: *The great boost that the simplification principle has received in the last years has got behind it an accurate strategy that has isolated, in an unprecedented way, the simplification tool: the introduction of new electronic resources in the administrative management. However, it tends to happen that the unanimous approval that these resources have to face the complexity of the administrative work, and all the stunning virtues ascribed to it —irrefutable most of the times— tend to promote an electronic conversion of the entire administrative services. It is done in such a way that its conditions of means (a tool meant to ease the administrative work) and not an end in itself, tends to fade. Therefore, it is advisable to ease the strength of the electronic resources, being careful not to question its virtues, and thus, realize the problems that its impulsive use could have, if being used as the only and infallible tool, when facing the complexities of administration. Simplification in the way the Administration deals with its work is such a huge task that, no doubt, requires measures able to deal with all the rising issues, such as arrangement problems, loads of paperwork, time, money... In such a huge task, all the simplification techniques, new and old, are welcome.*

Key words: administrative simplification; red tape/smart tape; electronic administration; administrative procedure; right to not to show documents owned by the Administration; point of single contact.

I. INTRODUCCIÓN. UN ESCENARIO PROPICIO PARA CONFIAR EN EL NUEVO IMPULSO DADO A LA SIMPLIFICACIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA() (***)**

1. ¿*Quid novi est* en el viejo frente de la simplificación administrativa?

La voluntad de simplificar la acción administrativa ha estado muy presente en la historia del procedimiento administrativo. De hecho, en las primeras regulaciones de la época decimonónica, la normación del procedimiento administrativo estuvo asociada a la idea de unificar una tramitación que hasta ese entonces no conocía un patrón claro y que cada órgano diseñaba según su propio criterio. De manera que a fin de mejorar la gestión administrativa parecía del todo oportuno crear una secuencia ordenada de actos en cada ramo ministerial y, desde una óptica más general, proporcionar un marco de referencia común a algunos momentos básicos del procedimiento —como la recepción de las instancias, la audiencia a los interesados o el modo de cursar las notificaciones, entre otros—, sentando así las bases para un tratamiento más mecánico y homogéneo de los expedientes administrativos y, por eso mismo, más eficaz y eficiente.

Desde su cuna, pues, el procedimiento administrativo ha tendido a la mejora de la actuación administrativa en términos de eficacia y eficiencia. Sin embargo, no cabe la menor duda de que, con el devenir de los años y las

(**) Las abreviaturas utilizadas en el presente trabajo son las siguientes: CE: Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978; DSer: Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, comúnmente conocida como «Directiva de Servicios» o «Directiva Bolkestein»; FJ: fundamento jurídico; LAE: Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; LALser: Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, también conocida como «Ley ómnibus»; LAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LCP: Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales; LCPA: Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento administrativo de las administraciones públicas de Cataluña; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; LSer: Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; LUMEC: Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de medios electrónicos en el sector público de Cataluña; RD: Real Decreto; RPLAE: Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; y STS: sentencia del Tribunal Supremo.

(***) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación 11952/PHCS/09, titulado *Innovación, tecnología y Administración electrónica*. El proyecto es financiado por la Fundación Séneca y dirigido por Julián VALERO TORRIJOS.

transformaciones tan profundas que experimentó la Administración Pública, el procedimiento administrativo se fue, poco a poco, engalanando y envolviendo paulatinamente de una creciente complejidad a todos los niveles. Tanto que al cabo advino un giro del todo inesperado: lo que había nacido en época decimonónica con el firme designio de agilizar la labor de la Administración a base de ordenar y unificar el itinerario de los asuntos administrativos comenzó a acusar síntomas de complejidad en su interior. Se fue entonces asentando la convicción de que era necesario hacer más sencillo y más fácil el procedimiento administrativo; de que era necesario, pues, simplificar lo que en su día fue, no hay que olvidarlo, un instrumento de simplificación.

De esta suerte, a mediados del siglo XX, el llamamiento a la racionalización de los expedientes, a la economía de los trámites, a la sencillez en la gestión, en definitiva, a la simplificación del procedimiento administrativo, pasó a ser una constante en casi todas las regulaciones del procedimiento administrativo. No en vano, si reparamos en el mayor hito de la codificación general de esta institución en España —me refiero a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958—, resulta fácilmente perceptible el compromiso resuelto con la celeridad y con la simplicidad: «la actuación administrativa —señalaba el art. 29 de esta célebre ley— se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia». Y no sólo arraigó en el plano legislativo la preocupación por mejorar y agilizar la trama procedimental. Su impronta todavía fue más visible en el evanescente mundo de los programas de reforma administrativa. Allí, la sencillez del actuar administrativo ocupó rápidamente una de las plazas destacadas entre los objetivos a perseguir y continúa figurando entre esas metas perennes, inalcanzables o mejorables, según se mire, del ideal de la modernización de la Administración. Ningún programa político de reforma que se precie ha dejado de lado la aspiración de simplificar el panorama procedimental.

Ocurre, sin embargo, que, en contra de lo que cabría esperar, tanto protagonismo y tanta insistencia en la simplificación procedimental, más que contribuir a afianzar su papel y a definir sus contornos, han acabado por erosionar la fuerza y el significado de este principio. Y es que, a pesar de ser una preocupación continuamente reiterada, se ha abusado de la simplificación con eslóganes huecos de contenido y sin un recorrido real. Demasiado a menudo detrás de las grandes declaraciones no aguardaba una estrategia operativa definida. La Ley de Procedimiento Administrativo, a la que acabo de referirme, no fue tampoco una excepción. ¿En qué se tradujo el recio y firme postulado del art. 29? Pocos fueron los cambios de fuste que su savia introdujo en el discurrir del procedimiento administrativo y en la forma de articular la intervención en él de los interesados. A decir verdad, si tuviésemos que realizar un balance, serían escasos los éxitos importantes en el haber del principio de simplificación; costaría con seguridad aislar variaciones y saltos significativos

en el diseño del curso general del procedimiento administrativo; un curso que, en sus líneas maestras, conserva las mismas pautas, pero, sobre todo, mantiene las más de las rémoras y hábitos denunciados hace mucho (1).

En definitiva, la batalla contra la complejidad de la tramitación administrativa conforma una crónica de propuestas retóricas y grandes propósitos, pero de resultados, sin duda, modestos; una crónica que, a fuerza de repetirse, ha erosionado el vigor del principio de simplificación y ha mermado su capacidad de convencer a los ciudadanos de las posibilidades reales de alcanzar una gestión simple, sin complicaciones ni dificultades, de los expedientes administrativos.

* * *

Asistimos en la actualidad a un fuerte rebrote del principio de simplificación del procedimiento administrativo y, en general, de los modos de obrar de la Administración. Pero, después de lo que acaba de apuntarse, la reacción más lógica invita a pensar que probablemente se estará en presencia de un intento más, al que poco crédito cabe dar y que no ha de quedar al fin más que en un puñado de avances de poco bulto. Si nos plegamos a esta invitación, huelga decir que el interés por este reverdecimiento debería ser más bien escaso. Sin embargo, tengo para mí que, aun con la prudencia a que obligan los análisis y pronósticos en semejante contexto, confluyen en este nuevo impulso algunos rasgos que lo diferencian de anteriores asaltos y que permiten vislumbrar una apuesta más resuelta, seria y creíble.

Estos rasgos singulares a los que aludo tienen que ver, fundamentalmente, con un doble orden de factores. Por un lado, con la existencia de una herramienta definida con la que llevar a cabo las labores de simplificación (2); y, por otro, con el espaldarazo firme que a la virtualidad del principio de simplificación se presta hoy en el plano normativo tanto a escala nacional como europea (3).

2. La elección inconcusa del instrumento de simplificación: las tecnologías de la información y de la comunicación

El movimiento simplificador actual destaca, antes que nada, por haber aislado con claridad el instrumento que va a ser empleado y que no es otro que las tecnologías de la información y de la comunicación. A diferencia de ocasiones anteriores, no queda, pues, en el aire cuál va ser la estrategia a

(1) Siguen siendo actuales las lúcidas reflexiones que realizase Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (1983: 17-20) sobre la frivolidad con que tantas veces se enarbola la bandera de la reforma administrativa.

seguir para alcanzar los objetivos; se parte, por el contrario, de la colocación de una de las piezas centrales del puzzle. Se simplificará mediante la introducción —implementación, por mejor decir— de medios electrónicos en la gestión administrativa.

Se trata, además, de un instrumento con una gran aceptación social en el tráfico jurídico privado y, en general, con un asentamiento estable en ese nuevo paradigma que ha venido en denominarse sociedad de la información. Un instrumento, por otra parte, que ha despertado la curiosidad de la comunidad científica del Derecho, cuya labor de estudio y reflexión está, entre otros efectos, contribuyendo a fortalecer su estructura. Y, lo que resulta, en fin, igualmente importante: un instrumento que se ha revelado capaz de merecer la aprobación unánime de los dirigentes públicos. Una suma de adhesiones que hace ver en lo electrónico el ansiado *instrumentum laboris* para luchar contra la complejidad burocrática —y es la actitud un elemento que pesa mucho en un terreno como es la simplificación administrativa donde a menudo manda que la empresa se tome de gana—; y, dicho sea de paso, no sólo la complejidad que afecta a las relaciones administrativas, sino también a otras escenas públicas agarrotadas por una dinámica y un trajín documental desbordantes como es la judicial (2).

Añádase, en fin, que el favor con que cuenta en España es comparado por la generalidad de los Estados avanzados, tanto dentro como fuera de Europa. Por doquier, el reto de la modernización administrativa y de su simplificación se hace descansar en la incorporación, escalonada pero sostenida, de las tecnologías de la información y de la comunicación al giro de la Administración (3).

(2) También en el mundo de la Justicia, castigado tanto o más por la complejidad en la tramitación de los procesos y, en general, en la gestión que rodea al ejercicio de la función jurisdiccional, se confía en las bondades de los nuevos avances tecnológicos. En el horizonte, dos grandes objetivos: el primero, un sistema judicial integrado donde todos los órganos judiciales estén interconectados entre sí de tal modo que puedan comunicarse e intercambiarse información en tiempo real —en la memoria reciente de todos están presentes algunos episodios dramáticos que han sacado los colores a la organización de la justicia y que acaso podrían haberse evitado gracias a una buena circulación de la información—; por otro, un sistema judicial abierto a las relaciones a distancia con los justiciables y con los distintos sujetos que operan en el mundo judicial —abogados, procuradores, fiscales, cuerpos de policía, médicos forenses...—. Objetivos de gran alcance que quedaron plasmados en el *Plan de modernización de la Justicia*, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 2008 —accesible en el portal electrónico del Poder Judicial: www.poderjudicial.es—.

Para conocer el estado actual y la traducción normativa de estos objetivos, puede encontrarse un cumplido análisis en MIRA ROS (2010).

(3) La OCDE (acrónimo de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) tiene el mérito de venir prestando una singular atención a la reducción de las cargas administrativas. Bajo su patrocinio se han desarrollado estudios de gran interés que ofrecen una radiografía mundial bastante completa de cómo se afronta en los diferentes Estados la simplificación de la Administración en nuestros días. Entre esos estudios, cabe citar los siguientes: *Businesses' Views on Red Tape*.

3. El extraordinario arropamiento normativo del reverdecimiento actual del principio de simplificación

A la existencia de una herramienta concretada con la que simplificar, se une, por otro lado, un espaldarazo normativo sin precedentes. En contraste con lo que venía siendo habitual, el principio de simplificación ha logrado trascender en esta ocasión esa situación vaga y evanescente que le caracterizaba, ayuno de un asidero legal claro, para asumir el estado tangible y sólido que sólo una ley está en disposición de proporcionar. Y lo ha hecho, además, ganándose un tratamiento autónomo, que apela al principio de simplificación por su nombre, remarcando así su sustantividad y fortaleciendo un valor específico que hasta ahora sólo cabía deducir a partir de postulados más genéricos como el versátil principio de economía procesal o el regio principio constitucional de eficiencia.

A. Una plaza central en este reconocimiento le corresponde a la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (2007). Esta Ley, destinada a poner los cimientos del despegue definitivo de la Administración electrónica en España —es de recordar aquí que buena parte de su articu-

Administrative and Regulatory Burdens on Small and Medium-sized Enterprises (2001); *From Red Tape to Smart Tape. Administrative Simplification in OECD Countries* (2003); *Cutting Red Tape. National Strategies for Administrative Simplification* (2006); y *Cutting Red Tape. Comparing Administrative Burdens across Countries* (2007) —de estos dos últimos documentos existe una versión traducida al español por obra del INAP: *Reducir el papeleo. Estrategias nacionales para la simplificación administrativa*, INAP, Madrid, 2008; y *Reducir el papeleo. Comparación internacional de las cargas administrativas*, INAP, Madrid, 2009—.

De entre las muchas conclusiones que cabe extraer de los trabajos de la OCDE en este campo destaca una por encima de todas: simplificar el entorno burocrático de las empresas, especialmente de las pequeñas y medianas, constituye una necesidad ineludible e inaplazable. Y para ello la receta que se está extendiendo por todos los países miembros no es otra que la de incidir, aun con orientaciones particulares, en el empleo de las tecnologías de la información y de la comunicación. Es ésta una tendencia que puede apreciarse con facilidad siguiendo la evolución de los mencionados documentos y el peso que en ellos ha ido ganando la apuesta por la Administración electrónica. No en vano, en la actualidad, las reflexiones de la OCDE sobre la simplificación administrativa han de leerse ya teniendo al lado los trabajos que la propia organización ha llevado a cabo desde el escenario del llamado *e-government*. Véanse en particular los siguientes estudios: *The e-Government Imperative* (2003); *E-Government for Better Government* (2005) —con traducción al español: *E-Gobierno para un mejor gobierno*, INAP, 2009—; y, últimamente, *Rethinking e-Government Services: User-centred Approaches* (2009).

Al final, como digo, simplificación administrativa y Administración electrónica han acabado por converger de una forma ostensible, si bien, como acertadamente se ha cuidado de puntualizar la OCDE, los dos campos no se funden por completo: ni toda la simplificación administrativa ha de pasar sólo por la fórmula electrónica —hay otras herramientas—; ni tampoco la Administración electrónica ha de servir únicamente a los intereses de la reducción de las cargas administrativas —hay otros fines: mejora de la transparencia, de la participación, etcétera.

lado luce carácter básico (4)—, tiene un planteamiento meridiano en cuanto a considerar que una de las metas fundamentales a que ha de aspirar esta Administración electrónica ha de ser la simplificación. Si aquélla nace es, entre otras razones, para agilizar y hacer más fácil la relación de los ciudadanos con la Administración, amén de mejorar la propia gestión doméstica (5).

Las muestras de este planteamiento son, por lo demás, constantes a lo largo de toda la LAE. Pero, con carácter general, cumple llamar la atención sobre el hecho de que la simplificación de la acción administrativa figura ya en el pórtico de entrada como una de las finalidades de la Ley, sobre la que se deposita la misión de «simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales» (art. 3.5). Objetivo que es elevado, al mismo tiempo, a la condición de principio general en todo lo concerniente al empleo de las tecnologías de la información, con la consecuente necesidad de reducir «de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos, logrando una mayor eficacia y eficiencia en la actividad administrativa» (art. 4.i).

De esta suerte, aunque no hay en la LAE un desarrollo específico del principio de simplificación, su savia recorre todos los pasajes e inspira derechamente muchas de sus previsiones. Qué decir si no del derecho a no aportar datos y documentos en poder de la Administración (art. 6.2.b) o de la instauración del análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento (art. 34), por citar algunos ejemplos que tendremos oportunidad de analizar más adelante.

B. Juntamente con la LAE, corresponde otorgar también un lugar principal a una norma que esta vez viene de Europa: la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (2006), cuya transposición se ha destapado como un desafío de complejísima superación que, a consecuencia de la cantidad y dispersión de los servicios y sectores afectados, ha dado ya lugar a un torrente de reformas, estatales, autonómicas y, también, locales (6).

(4) Las previsiones que tienen carácter básico aparecen enumeradas en la disposición final primera (*Carácter básico de la Ley*). Este carácter básico es fruto de la invocación como título competencial de sostén del art. 149.1.18º de la CE. De manera que la LAE se sitúa en una posición similar a la que ocupa la LAP como norma de cabecera en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

(5) Para aislar las razones de fondo que dan sentido a la Administración electrónica resulta aconsejable, a pesar de su inevitable «envejecimiento», la relectura de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, de 26 de septiembre de 2003, COM (2003) 567 final.

(6) El modelo de transposición de la Directiva de Servicios se ha estructurado en España a partir de la aprobación de una ley horizontal —la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre

El propósito central de la DSer no es ni más ni menos que facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios —sin merma, eso sí, de su calidad—, removiendo los obstáculos que dificultan la plena realización del mercado interior de los servicios y que, a la postre, frenan el desarrollo a escala comunitaria de un sector estratégico para el progreso económico y la creación de empleo en Europa. Obstáculos entre los que se encuentra, y no como rémora menor, un entorno burocrático farragoso y pesado que desincentiva la expansión a países vecinos de muchas empresas de servicios.

A decir verdad, el escollo aludido había sido detectado por la Unión Europea desde hace ya bastante tiempo y figuraba así en documentos y estudios de todo tipo. Se era, pues, bien consciente en el escenario europeo de la necesidad y de la conveniencia de acometer una simplificación del modo en que la Administración ponía en práctica su función de control y vigilancia sobre la implantación, primero, y la posterior actividad, después, de las empresas de servicios. Sin embargo, a pesar de este convencimiento, lo cierto es que hasta la aprobación de la DSer —cuya gestación ha sido tortuosa como pocas (7)— no se había conseguido dar cuerpo a un mandato simplificador de carácter vinculante para los Estados miembros. No es de extrañar, por ello, que sin falta se haya destacado como uno de los contenidos sobresalientes de la DSer la faceta que atiende a la eliminación de las barreras administrativas.

A fin de presentar someramente el mandato simplificador que incorpora la DSer, es suficiente apuntar por el momento que éste se estructura sobre la base de una revisión general en clave simplificadora del modelo administrativo imperante en el control de los servicios (a) a partir del cual se abre paso a dos líneas de actuación (b).

a) En la base del sistema simplificador ideado por la DSer hallamos, en efecto, una obligación que se impone a los Estados sin ningún tipo de paliativo: nada menos que verificar todos los procedimientos y trámites relativos al acceso y al ejercicio de las actividades de servicios con el fin último de simplificarlos cuando no se juzguen lo suficientemente simples: «los Estados miembros

acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— donde quedan fijadas las pautas generales que habrán de seguir los distintos poderes territoriales para dar cumplimiento a los objetivos de la Directiva en los distintos ámbitos de servicios de su competencia, revisando a tal efecto las leyes y reglamentos que los regulan y adaptándolos a los nuevos designios de Europa.

(7) Y el caso es que, a pesar del laborioso y discutido proceso de confección, todavía hay polémica a su alrededor. Ahí está la seria discusión sobre el sostén competencial invocado por el legislador comunitario para aprobar la DSer; un basamento que, a juicio de algunos autores, hace aguas. Véanse, entre otras, las críticas de DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007), PAREJO ALFONSO (2009) y DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009).

verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán» (art. 5.1). Como se ve, un mandato sobrio y, ciertamente, con un campo acotado, pero, aún así, un mandato de gran envergadura y profundidad si se asume escrupulosamente (8).

b) Partiendo de esta premisa capital, los esfuerzos simplificadores deben llevar a replantearse el uso de la autorización —entendida esta noción en un sentido laxo (9)— como técnica ordinaria de policía, suprimiéndola o sustituyendo su empleo, allí donde no concurren imperiosas razones de interés general, por mecanismos más simples y menos perturbadores para el operador económico como es el caso destacado de la comunicación previa. El resultado de este trueque o intercambio va a depender, en lo esencial, de la intensidad que alcance la noción de «razón imperiosa de interés general» de cuya interpretación será guardián cualificado el Tribunal de Justicia (10). Es de notar, en todo caso, que la «razón imperiosa de interés general» constituye en el fondo una cláusula de factura compleja, albergadora de un grupo abierto de conceptos jurídicos indeterminados, entre los que se encuentran algunos tan resbaladizos, a la par que dilatables, como los de orden público, salud pública, protección de los consumidores o salvaguarda del medio ambiente; y que, por

(8) Que es como en rigor ha de asumirse. No contribuye a ello, sin embargo, el intento de dulcificar el tono contundente de la norma comunitaria en su traslación al Derecho español. Según se establece en el art. 17.1 de la LSer, «las Administraciones Públicas revisarán los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de *impulsar su simplificación*». Lo que impone el legislador comunitario no se contrae a un mero impulso, sino que va mucho más allá: se trata de una auténtica obligación de resultado.

Por lo demás, hay que decir que el mandato comunitario viene acompañado de una rendición de cuentas particularmente intensa que, además de los informes de seguimiento al uso, incluye un interesante ejercicio de «evaluación recíproca» entre todos los Estados (arts. 9.2 y 39 de la DSer).

(9) En la Directiva de Servicios, el término autorización se utiliza para hacer referencia a cualquier tipo de control administrativo cuya superación condicione con carácter previo el ejercicio de una actividad. De ahí que se incluya también la obligación de colegiación cuando ésta es forzosa o la obtención de visados colegiales si éstos son también obligatorios. Al respecto véase la definición que se da en el art. 4.6 de la DSer y las indicaciones que se incluyen al respecto en el considerando § 39. La LSer, por su parte, retrata fielmente esta concepción como lo demuestran las definiciones que se recogen del término *autorización* («cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio», art. 3.7) y de la locución *régimen de autorización* («cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios», art. 3.10).

(10) El art. 4.8 de la DSer establece que por razón imperiosa de interés general habrá que entender aquella «razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Definición que también recoge el art. 3.11 de la LSer. Bien se ve, por tanto, que la suerte de este concepto dependerá fundamentalmente de la labor pretoriana del Tribunal de Justicia.

si fuera poco, está en constante evolución (11). Es justamente la movilidad de este quicio la razón por la cual las predicciones en torno al impacto de la Directiva han sido muy dispares: desde quienes han visto en ella un potente ariete que pone en jaque las bases tradicionales de nuestro sistema de control administrativo de los servicios (12), hasta posturas más escépticas, que no ven peligrar el grueso de las autorizaciones ya existentes habida cuenta de la facilidad de protegerlas en su mayoría al socaire de una causa de justificación suficiente en forma de imperiosa razón de interés general (13).

Sea como fuere, al margen de la flexibilidad demostrada por cada Estado en esta operación —y dentro de cada Estado por las distintas Administraciones involucradas—, es lo cierto que en el espíritu de la Directiva está muy presente la voluntad de ocupar al menos una parte del dominio casi absoluto de la autorización apostando como forma de simplificación por otros mecanismos de control *ex post factum*, con la mira puesta en la comunicación previa o en otros mecanismos de patrón similar —como la declaración responsable, a la que aludiremos más tarde (14). Un cambio de dirección que, sin descuidar las exigencias de orden público y de protección de los derechos de los consumidores, postergue el momento de la intervención administrativa, dejando que el prestador de servicios ponga en marcha su actividad sin trabas burocráticas para intervenir después mediante técnicas de control e inspección igualmente

(11) Al compás de la propia evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (considerando § 40 de la DSer).

(12) A ello ha contribuido la atribución, fundamentalmente en el discurso político, de efectos taumátúrgicos a la entrada en vigor de la DSer. No hace falta recordar los importantes números en que se cifraba su transposición para la economía española en términos de producto interior bruto y de creación de empleo. Justamente ha sido esta visión tan optimista la que ha llevado a adoptar un «enfoque ambicioso» en todo el proceso de incorporación de la DSer al derecho español, extendiendo sus ideas-fuerza más allá del ámbito de servicios a que hace referencia el legislador comunitario. Durante la tramitación parlamentaria de la LSer y de la Ley ómnibus se produjeron, por lo demás, intervenciones en las que se defendía a ultranza y con convicción el potencial transformador de esta Directiva. Una convicción que incluso llegó a saltar al texto de la ley, quedando reflejada en los preámbulos de las referidas LSer y Ley ómnibus.

(13) Esta posición más prudente está muy bien representada por el análisis que realiza LAGUNA DE PAZ (2009).

(14) Se analice por donde se analice, el cuerpo de la DSer rezuma este espíritu. Valgan como muestra las palabras concluyentes con que se expresa el preámbulo:

«la autorización sólo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*» (considerando § 54).

El legislador español, por su parte, ha captado a la perfección esta directriz y su mejor reflejo se encuentra en la formulación del art. 5 de la LSer donde se pone énfasis en el carácter excepcional que ha de tener la sujeción de una actividad de servicios a un régimen de autorización.

idóneas a los efectos de poder desarrollar la función tuitiva que compete a la Administración (15).

El mandato simplificador de la DSer no se agota, sin embargo, en este primer estadio. Porque después de trillar el abultado campo de las autorizaciones, se exige que las licencias y autorizaciones supervivientes sean objeto de una remodelación en clave simplificadora desde distintos frentes, de tal forma que, después de la remodelación, su tramitación deje de ser, en expresión que me parece especialmente acertada y que al legislador comunitario gusta de repetir, «disuasoria» para las empresas y prestadores de servicios.

Entre los elementos a revisar están aspectos tales como la claridad y seguridad de la tramitación (16), el tiempo de resolución (17); el régimen del silencio administrativo (18); y los costes económicos asociados al expediente (19). Pero la respuesta principal frente a la complejidad viene de la mano de la tramitación electrónica de los distintos trámites y procedimientos relacionados con las actividades de servicios y de su fusión aparente a través de las ventanillas únicas virtuales. La obligación que se fija al respecto no puede ser, también aquí, más categórica: «los Estados miembros —reza el art. 8.1 de la Directiva— harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso

(15) Con independencia de cuál vaya a ser el parte final de bajas en lo que se refiere al trueque de licencias por comunicaciones, sí es claro que la DSer ha venido a incidir derechamente en el generoso margen de libertad de que disfrutaba nuestro Estado en cuanto al empleo de la técnica de la autorización previa en el campo de los servicios. Y es que llegan ahora desde Europa unos tirantes más ajustados que robustecen la proyección en este concreto sector de principios básicos de la intervención administrativa, como es el caso destacado de la proporcionalidad, exigiendo un esfuerzo de justificación desconocido entre nosotros. Desconocido porque la intermediación de una ley y la generosidad con que la Justicia ha venido fiscalizando los referidos principios básicos en relación con las autorizaciones han llevado a que sea poco, más allá de esa *interpositio legislatoris* —tantas veces convertida en una remisión reglamentaria casi en blanco—, lo necesario para colmar todas y cada una de las propiedades exigibles. A partir de la DSer, sin embargo, hará falta algo más que la carcasa formal de una ley: una motivación intrínseca de fuste y una explicación razonada de la elección de este instrumento en detrimento de otros de carácter *post initiatum negotium*.

(16) Se pone mucho énfasis en la inseguridad jurídica que genera a los prestadores de servicios la ausencia de un itinerario fijo y transparente para la realización de los distintos trámites burocráticos; situación que puede obedecer a múltiples razones: la ambigüedad de la legislación; la existencia de prácticas o usos no escritos que marquen una determinada manera de tramitar un procedimiento, etc. De ahí que se deje sentado que los procedimientos y trámites de autorización deben «darse a conocer con antelación» (art. 13.1 de la DSer).

(17) Aun sin establecer un límite temporal preciso, sí se cuida de señalar la DSer que el plazo de respuesta ha de ser «razonable» y «fijado y hecho público con antelación» (art. 13.3).

(18) Imponiendo como regla general el silencio estimatorio salvo que concurra una razón imperiosa de interés general (art. 13.4).

(19) Según previene el art. 13.2 de la DSer, los gastos que los procedimientos y trámites de autorización ocasionen a los solicitantes deberán ser razonables y proporcionales a los costes de dichos procedimientos y trámites.

a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes». Hacer todo lo necesario y hacerlo con respecto a todos los trámites y procedimientos del ramo de los servicios. Ni siquiera en el ámbito de la contratación pública, donde la Unión Europea ha movilizado de forma vivaz el uso de los medios electrónicos, encontramos un mandato de tal envergadura para los Estados.

Cómo llevar a puro y debido efecto esta obligación es cuestión que no se aborda en la DSer porque el legislador comunitario, respetuoso con la tradicional autonomía institucional, deja en manos de cada Estado el diseño, la regulación y el establecimiento de los medios necesarios, los que sean menester, para que los trámites y procedimientos relacionados con el acceso a los servicios y su ejercicio puedan evacuarse de forma telemática —y entran aquí los registros electrónicos, las comunicaciones electrónicas o el expediente digital, entre otros—; y también defiere la creación y puesta en marcha de la ventanilla única de servicios —con los imprescindibles sistemas de interconexión e interoperabilidad (20).

C. Tanto la LAE como la DSer trazan líneas de simplificación presididas por un anclaje sólido del principio de simplificación. Ahora bien, no ha de buscarse en ellas un desarrollo agotador del contenido de este principio que, por definición, está abierto a la innovación constante. De ahí que, acertadamente, algunas Comunidades Autónomas, caso de Aragón (21), Canarias (22),

(20) Es así como en el camino de la Directiva de Servicios se cruza la LAE. Y es que todos esos resortes a los que acabo de hacer mención por fuerza han de ir a buscarse a la LAE en tanto que norma de cabecera de la Administración electrónica. Por desgracia, a pesar de su fuerte interrelación, en la transposición de la Directiva se ha hecho gala de una desconcertante descoordinación entre ambas normas, dando como resultado un escenario en el que la LSer y la LAE, no obstante su evidente conexión, parecen darse la espalda —es ésta una consideración que he desarrollado en mi trabajo CIERCO SEIRA (2010). Me referiré únicamente al desajuste más llamativo de los muchos que cabe advertir: el ritmo de implantación de las medidas de Administración electrónica. La LSer, acatando lo así dispuesto por la Dser, fija un plazo cierto para la transformación electrónica que rodea al mundo de los servicios —a saber, el 28 de diciembre de 2009— y lo hace de una forma indiscriminada en el sentido de que no hace reservas en función de cuál sea la Administración involucrada (disposición final sexta, *Entrada en vigor*). Este ritmo, sin embargo, no encaja con el planteamiento que preside la LAE, más receptiva con los problemas de desequilibrio tecnológico entre Administraciones. De ahí que establezca un tránsito a medida de las disponibilidades presupuestarias —*ad calendas graecas*, pues— para los niveles autonómico y local en relación con un punto central de la Administración electrónica como es el relativo a los derechos de los ciudadanos en este nuevo entorno (disposición final tercera, *Adaptación de las Administraciones Públicas para el ejercicio de derechos*).

(21) Véase el Decreto-Ley 1/2008, de 30 de octubre, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón.

(22) Véase el Decreto 48/2009, de 28 de abril, por el que se establecen en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa.

Castilla y León (23), Galicia (24), Navarra (25) o Valencia (26) hayan decidido asomarse a este escenario para tratar de exprimir las distintas betas abiertas, ora avanzando en el frente de la reducción de cargas administrativas al servicio de la mejora del entorno burocrático de las empresas, ora profundizando en el desarrollo de la Administración electrónica. Y con este propósito se han aprobado normas que no se limitan a ofrecer soluciones puntuales en políticas de corte sectorial, sino que otorgan al principio de simplificación un papel protagonista, regulando a su amparo medidas con una firme vocación de repercusión general.

Hay, pues, en el derecho autonómico, importantes sustentos añadidos a favor de la consolidación del principio de simplificación como un principio transversal de la actuación administrativa dotado de una sustancia en toda regla. Y aunque la trayectoria de muchas Comunidades Autónomas es acreedora de un comentario *ex professo*, estimo suficiente a los efectos de este trabajo reparar en dos de las muestras más elocuentes de este empuje autonómico: la andaluza (a) y la catalana (b).

a) Por lo que hace a Andalucía, la preocupación por hacer un hueco en la cultura administrativa a los postulados de la simplificación ha llevado nada menos a que el principio de «simplificación de procedimientos» estrene galones en el nuevo Estatuto de Autonomía andaluz (2007), al lado de principios clásicos y consagrados, como valor primario que está también llamado a informar la acción administrativa (27). Asimismo, toda la experiencia acumulada en la

(23) Acúdase al Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos, y, posteriormente, al Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León; y a la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública.

(24) Véase el Decreto 255/2008, de 23 de octubre, por el que se simplifica la documentación para la tramitación de los procedimientos administrativos y se fomenta la utilización de medios electrónicos.

(25) Véase la Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales.

(26) Véanse el Decreto 165/2010, de 8 de octubre, por el que se establecen medidas de simplificación y de reducción de cargas administrativas en los procedimientos gestionados por la Administración de la Generalitat y su sector público; y la Ley 3/2010, de 5 de mayo, de administración electrónica de la Comunitat Valenciana.

(27) El tenor del art. 133.1 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 marzo) reza así:

«La Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, racionalidad organizativa, jerarquía, simplificación de procedimientos, desconcentración, coordinación, cooperación, imparcialidad, transparencia, lealtad institucional, buena fe, protección de la confianza legítima, no discriminación y proximidad a los ciudadanos, con sujeción a la Constitución, al Estatuto y al resto del ordenamiento jurídico».

aplicación de métodos y técnicas de simplificación en estos últimos años ha servido para confeccionar el *Manual de simplificación administrativa y agilización de trámites*, que constituye un espléndido compendio y una valiosa guía en cuanto a las formas de encarar el problema de la complejidad en la Administración (28).

b) No es menor la resolución con la que Cataluña está empujando al principio de simplificación hacia puestos de cabeza en la gestión administrativa. Es de notar en este sentido que acaban de ver la luz dos leyes de mucho porte que revelan la existencia de un compromiso a las claras con los retos de la simplificación. Me refiero a la Ley de régimen jurídico y de procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas de Cataluña y a la Ley de uso de medios electrónicos en el sector público de Cataluña, ambas gestadas al mismo tiempo y aprobadas en agosto de 2010.

En la Ley de régimen jurídico y de procedimiento administrativo, la simplificación aparece con brío. Así se erige en uno de los fines de la Ley (29), que figura al modo de principio general de la actuación administrativa (30). Pero, sobre ello, hay que destacar el acierto que supone la confección de un capítulo dedicado de propósito a las medidas de simplificación donde se tratan con carácter general figuras tales como la declaración responsable, la comunicación previa, la inscripción registral de oficio o la ventanilla única (31).

Por su parte, en la Ley de uso de medios electrónicos, la simplificación emerge de forma pareja entre las miras fundamentales de la actuación administrativa electrónica e inspira igualmente la regulación de un buen número de previsiones (32). La apuesta del legislador catalán por la implantación efectiva de la Administración electrónica alcanza, por lo demás, un grado de autoexigencia muy significativo (33).

(28) Este *Manual de simplificación administrativa y agilización de trámites* ha sido objeto de aprobación formal por medio de la Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía de 22 de febrero de 2010.

(29) Con arreglo al art. 2.c) de la LCPA, entre las finalidades de esta Ley está la de «mejorar la actuación de las Administraciones Públicas catalanas mediante la regulación de medidas de simplificación de trámites y procedimientos, para la reducción de las cargas administrativas».

(30) Así se establece en el art. 31.2 del LCPA.

(31) Se trata del capítulo III (*Medidas de simplificación administrativa*, arts. 34 a 40), integrado en el Título II (*Actuación administrativa*) de la LCPA.

(32) El art. 4.5 de la LUMEC recoge como principio informador el de simplificación, señalando al respecto que «las entidades del sector público han de adoptar las medidas necesarias para rediseñar los servicios, los trámites y los procedimientos administrativos; reducir las cargas, los costes, los plazos y el tiempo de los procedimientos administrativos, y conseguir más eficacia, eficiencia y economía en la actividad administrativa».

(33) Advértase el compromiso que parece asumir la Administración de la Generalitat en la disposición final segunda de la LCPA (*Adaptación de las administraciones públicas de Cataluña para la*

D. Por último, tampoco puede dejar de mencionarse la contribución que a cuenta del aquilataamiento del principio de simplificación se está produciendo desde algunos sectores estratégicos de la actuación administrativa que actúan en cierto modo como punta de lanza en la penetración de las medidas de Administración electrónica. El caso más destacado probablemente sea el de la contratación pública. La Ley de Contratos del Sector Público (2007) ha venido, en efecto, a hacer hincapié en los costes y en las disfunciones que causan las formalidades rituales y el papeleo en exceso, así como en la complejidad que acusa el procedimiento de contratación; y ha tratado de arbitrar, acorde con esta preocupación, soluciones, basadas muchas en el empleo, una vez más, de los recursos informáticos y telemáticos (34).

Bien se ve que la suma de todos estos registros conforma un cuadro normativo en el que es fácil reconocer el salto de categoría y de importancia experimentado por el principio de simplificación y en el que cabe apreciar claramente la firme convicción en el potencial de las tecnologías de la información y de la comunicación al servicio de este fin.

* * *

Concurren, a la vista está, muchos elementos que unidos hacen que asistamos a un momento especialmente idóneo para emprender una simplificación a tono con el gran desafío que supone modernizar de veras la actuación de nuestras Administraciones Públicas. Y ello a pesar de la crisis económica que nos azota. Es cierto que el grueso de los llamamientos a la simplificación han tenido lugar en un escenario de bonanza económica que no contaba con la irrupción en el horizonte inmediato de una sacudida de tal envergadura. No lo es menos que la crisis económica ha venido a rebajar la euforia en

incorporación de medios electrónicos y para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos), poniendo fecha cierta —1 de enero de 2012— a lo que en la LAE quedaba en el limbo presupuestario.

(34) En la propia exposición de motivos se hace referencia a este objetivo al señalar que «obligadamente, la nueva Ley viene también a efectuar una revisión general de la regulación de la gestión contractual, a fin de avanzar en su simplificación y racionalización, y disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares» (§ IV.4). Si bien no todas las medidas de simplificación que contempla la LCSP tienen un perfil electrónico —ahí están, por ejemplo, las medidas destinadas a facilitar la documentación a presentar por los licitadores; véase al respecto el RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público—, es lo cierto que una parte central de la modernización de la gestión contractual gira alrededor de lo informático. Basta pensar para corroborarlo en el perfil de contratante, en la factura electrónica, en la subasta electrónica o en las posibilidades que brinda la habilitación general que recoge la DA 19ª para incorporar medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la tramitación de los procedimientos de contratación.

Los trabajos dedicados a la contratación electrónica son ya entre nosotros muy abundantes. Para un análisis de las previsiones contenidas en la LCSP acerca de la contratación electrónica resulta muy completo y sistemático el libro de PUNZÓN MORALEDA y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (2009).

esta empresa, postergando, cuando no cancelando, muchas iniciativas. Sin embargo, sería un error, a mi juicio, dejarlo todo en barbecho. Toca hacer de la necesidad virtud porque los fines de la simplificación resultan en este feroz contexto económico más imprescindibles si cabe. Tal vez por eso mismo, destacadas instancias internacionales, con las Naciones Unidas a la cabeza, se han apresurado en recomendar a los Estados que la labranza de simplificación y de transformación electrónica de sus Administraciones no desfallezca por causa de la grave crisis económica (35).

Teniendo todo ello presente, es mi intención tratar de contribuir a este propósito desde una posición crítica, en el entendido de que, a mi modo de ver, más que loar la necesidad y las bondades del principio de simplificación, que me parece redundante a estas alturas, estimo de mayor interés llamar la atención sobre las distorsiones que se pueden generar y el rumbo equivocado que podría tomar esta estrategia si no se ajusta convenientemente todo el engranaje. Y, a tal efecto, puestos a desgranar los peligros a sortear, nada mejor que comenzar delimitando cuáles son los factores de complejidad a que debe hacer frente la simplificación del procedimiento administrativo pues de aquí va a extraerse el guión para descubrir después donde aguardan las dificultades.

II. LOS FACTORES QUE CON CARÁCTER GENERAL ACENTÚAN LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A la hora de simplificar un procedimiento administrativo resulta capital tomar conciencia de los factores que inciden en su complejidad. ¿Qué es lo que hace complejo, difícil y pesado un procedimiento administrativo?

La vastedad del panorama procedimental español y su acusada heterogeneidad impiden que la respuesta a esta cuestión pueda darse en términos absolutos; dependerá, en última instancia, de la hechura específica de cada procedimiento. Con todo, tengo para mí que es posible identificar cinco escollos recurrentes en la gestión procedimental y que así son sentidos por los ciudadanos —y, también, sólo que en voz más baja, por los empleados públicos—: a) el exceso de trámites y la desordenación secuencial; b) la fuerte presión documental ejercida sobre el interesado; c) la duración temporal muchas veces desmedida; d) el alto coste económico que supone para el particular la trami-

(35) El último informe que ha confeccionado la ONU sobre la situación mundial del *e-government* (*United Nations E-Government Survey 2010. Leveraging e-government at a time of financial and economic crisis*) contiene un valioso alegato que pretende persuadir a los Estados de la conveniencia de implantar servicios públicos electrónicos como herramienta para mitigar los efectos de la crisis económica, revitalizando a su través el papel de la Administración en la economía.

tación del expediente, ya sea por vía directa o indirecta; y, por último, e) la frecuente descoordinación entre procedimientos conexos.

No es ésta una relación jerárquica de los factores de complejidad procedimental y tampoco pretende ser un listado cerrado (36). Se trata de cinco concausas que atascan la sustanciación de un gran número de procedimientos administrativos y que, sin perjuicio de la existencia de otros factores particulares, pueden calificarse de obstáculos generales de la tramitación administrativa.

1. La progresión secuencial y sus principales escollos

No faltan en nuestro panorama procedimental supuestos en los que el diseñador de la secuencia procedimental da forma a una enmarañada tramitación, ya sea por efecto de la inserción de un gran número de trámites o bien por la escasa atención prestada a la correcta encadenación lógica y temporal de los mismos. Ejemplos, en efecto, los hay y de sobras de itinerarios alambicados cuyo guión secuencial resulta difícil de exponer aun en forma de croquis. Pero sin necesidad de acudir a casos especialmente llamativos, es lo cierto que incluso en el terreno más vulgar es posible detectar una serie de pasos o momentos que ralentizan el ritmo y generan inconvenientes en la gestión cotidiana del grueso de los procedimientos administrativos. En particular, me atrevería a destacar tres momentos críticos.

a) En primer lugar, hay que hacer mención a las trabas que generan los trámites cuya evacuación corre a cargo del interesado. A este grupo responden todos aquellos lapsos destinados a que el interesado presente alguna documentación o, también, haga efectivo su derecho de defensa mediante la exposición de alegaciones o la práctica de pruebas. Sabido es, especialmente por los funcionarios que se ocupan de la tramitación a diario, que en torno a estos trámites se genera un importante desgaste que acaba por ralentizar y entorpecer la progresión de muchos procedimientos. La razón de ello no ha de buscarse tanto en el tiempo en que el procedimiento pueda «dormir» a la espera de que el interesado actúe, sino que se encuentra más bien en las dificultades que acarrea la aplicación del instrumento de la subsanación —que impone el art. 76 de la LAP—, así como en los inconvenientes que generan las ventajas que se ofrecen al interesado para llevar a cabo su intervención

(36) No es una relación jerárquica pues la incidencia de cada uno de estos elementos dependerá de las circunstancias singulares del procedimiento de turno. Tampoco pretende ser un listado cerrado pues a buen seguro merecerían una mención expresa otras variables como el lenguaje que se emplea en los impresos, documentos o instrucciones que se facilitan a los interesados. Por cierto que en relación con el lenguaje administrativo y la complejidad que ocasiona el mismo en la actividad administrativa puede verse el reciente libro de CONDE ANTEQUERA (2009).

—y, pienso ahora, señaladamente, en la multiplicación de los lugares donde puede presentar válidamente la documentación a remitir.

No pretendo, en modo alguno, cuestionar la virtualidad de garantías tan señeras como la subsanación —que me parece irrenunciable—, ni tampoco de las bondades y logros alcanzados en la facilitación de la relación con la Administración —a través del decisivo art. 38.4 de la LAP. Sin embargo, es preciso caer en la cuenta de que en estas garantías y avances —y, aún más, en la concepción tan hierática que tantas veces se tiene de ellos (37)— reside también un importante lastre que hace más compleja la marcha de muchos expedientes y que es fuente de retrasos y de tiempos muertos de espera (38).

b) En segundo término, es de fuerza referirse a los obstáculos que traen consigo los informes. Cómo hacer frente a la demora en su evacuación es cuestión que no acaba de tener despejado el camino. Es cierto que el art. 83 de la LAP inviste al instructor con la facultad de continuar la tramitación, pero tal solución no parece que pueda aplicarse a todos los informes y, en particular, a los informes vinculantes —que, en rigor, más que una declaración de juicio envuelven una auténtica declaración de voluntad. Además, la decisión de proseguir sin rellenar el vacío que ocasiona en el cuerpo de la instrucción la ausencia del informe traslada al responsable del procedimiento una disyuntiva nada fácil de dirimir en razón de las dudas que puede éste albergar sobre si tal ausencia cercena o no el adecuado conocimiento de la causa que es fundamental para preservar el principio constitucional de objetividad.

c) A los dos puntos anteriores son de añadir, por último, las rémoras causadas por las comunicaciones. Por descontado, por las externas, es decir, las que implican que un escrito salga de la Administración actuante con destino a un particular. Huelga toda explicación acerca de las dificultades que se ciernen sobre la notificación; sin duda, uno de los mayores quebraderos de cabeza de cualquier Administración y la causa última de la demora en el cierre de un sinnúmero de expedientes. Pero igualmente son achacables distorsiones relevantes a las comunicaciones internas entre unidades y órganos, tanto si el mensaje

(37) Para que las posibilidades de simplificación puedan expresarse al máximo es importante asumir que la idea de sencillez también puede penetrar y revelarse útil en las parcelas defensivas del procedimiento. No tienen que levantarse barreras insuperables alrededor de los trámites defensivos como si fuesen plazas que no admiten ningún tipo de remodelación. Lo importante no radica en la forma que adoptan los principios de audiencia y contradicción, sino en mantener viva su esencia al servicio del debate real y efectivo entre la Administración y el interesado.

(38) Bien demostrativo de ello me parece el uso tan extendido, *extra legem* casi siempre, de observar un período prudencial de espera después de evacuar ciertos trámites —tengo en mente, por ejemplo, los procedimientos competitivos— por si hubieran de llegar mientras instancias y documentos que no fueron presentadas en correos o directamente en el registro del órgano competente.

ha de salir fuera —no digamos ya si el destinatario es una instancia europea o internacional— como si ha permanecer intramuros de la Administración. Hay que ver lo abrupto que puede ser el camino entre dos despachos vecinos o lo complejo del salto entre dos mesas contiguas.

2. La dilatación temporal de la resolución del expediente

A la complejidad provocada por la tramitación se suma también el tiempo que se emplea para poner fin al expediente. Por lo general, el ritmo de los procedimientos es lento y el plazo de que dispone la Administración para su resolución generoso —de media, tres meses *ex art.* 42.3 de la LAP, a los que hay añadir la eventual aplicación de las causas de suspensión del *art.* 42.5 *ibídem*, que atañen a trámites de lo más frecuente como la subsanación de la solicitud o la petición de informes preceptivos y determinantes. Y si turbador resulta el tratamiento generoso de los plazos concedidos a la Administración para despachar los asuntos, más desconcertante es todavía que continúe siendo moneda corriente la infracción de dichos plazos, dando pie a la pervivencia de figuras de suyo imperfectas, amén de anacrónicas, que deberían haber sido desterradas hace mucho de nuestra vida administrativa —me refiero, por supuesto, al silencio administrativa y a la caducidad (39).

3. La carga documental impuesta a los interesados

Especialmente sentida por el interesado es la complejidad derivada de la pesada carga documental que acostumbra a depositarse sobre su espalda cuando insta un procedimiento destinado a obtener algún tipo de utilidad —*v.gr.* una autorización (40). Emerge entonces una nefasta tradición que arrastra desde lejos nuestra Administración y que muy bien podría resumirse en esa vieja máxima popular: «a quien algo quiere, algo le cuesta». Se parte así

(39) No puedo ocultar que al discurrir sobre la cuestión del tiempo en el procedimiento administrativo tengo la impresión de que nuestro sistema administrativo todavía sigue instalado en una inteligencia desfasada de los plazos de tramitación y resolución. Solo hace falta ver en panorámica la evolución que han seguido los plazos —prácticamente imperceptible en las últimas décadas. Es crucial convencerse de una vez por todas de que la gestión administrativa ágil constituye algo más que una variable deseable de la eficiencia. Estamos ante un derecho del ciudadano que, en prueba de la trascendencia que adquiere en nuestros días, ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental en tanto que rasgo de una buena administración. Como se cuida de señalar el *art.* 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, toda persona tiene derecho a que la Administración trate sus asuntos «dentro de un plazo razonable». No sólo en plazo, pues, sino mucho más: en un plazo que sea, antes que nada, razonable.

(40) Sobre el particular tuve ocasión de reflexionar siguiendo la pista de la experiencia italiana (CIERCO SEIRA, 2002). Un estudio más completo puede verse en NÚÑEZ GÓMEZ (2005).

de la convicción de que debe ser el interesado, por naturaleza, el principal encargado de acopiar la información necesaria para poder analizar si su pretensión se ajusta al ordenamiento jurídico. Información que, sobre ello, debe ser documentada muchas veces no de cualquier modo, sino a través de un formato capaz de proporcionar a la Administración un alto grado de certeza —como ocurre típicamente con los certificados, cuya obtención, por cierto, a menudo está sujeta al previo pago de una tasa.

4. El coste económico que representa la tramitación del expediente para los interesados

El coste económico asociado a la tramitación de los procedimientos es, sin duda, otro elemento de complejidad que dificulta la actuación del interesado. Muy lejos de nuestros días queda la tradicional presentación del procedimiento administrativo como cauce gratuito. Sí lo es por lo que respecta a la asistencia de un abogado, que no resulta preceptiva en la mayor parte de los procedimientos administrativos —a salvo ha de quedar el ramo de la extranjería y el asilo. Sin embargo, es aquella una visión que no se corresponde exactamente con la realidad actual (41). Y es que son muchos los expedientes en los que el interesado se ve obligado a costear una serie de gastos significativos. Gastos, a veces, de carácter indirecto, motivados por la necesidad de contar con un experto para poder presentar en regla la solicitud —ahí está para demostrarlo, si no, la figura del gestor administrativo— o con un perito encargado de redactar el proyecto o la memoria de turno. Pero también, en ocasiones, de carácter directo. Y entraríamos aquí en el dominio de las tasas que, en razón de su proliferación, ya casi se han vuelto un apéndice del procedimiento administrativo.

5. La confluencia descoordinada de varios procedimientos administrativos sobre un mismo objeto

Para descubrir el último factor de complejidad es preciso elevarse por encima de la realidad singular de cada procedimiento administrativo y advertir las conexiones que a veces surgen con otros procedimientos del entorno como resultado de su proyección sobre el mismo objeto aun desde ángulos diferentes. El fenómeno resulta especialmente visible en el caso de los procedimientos autorizatorios pues no es raro que para la puesta en práctica de una actividad se exija la previa obtención de varios permisos o licencias (de tipo urbanístico, ambiental, demanial, etcétera).

(41) He tratado de significarlo en CIERCO SEIRA (2009b).

A pesar de que esta confluencia de autorizaciones complica, como es lógico, la actuación del interesado, el legislador no suele prestar demasiada atención al problema. En ocasiones, ni siquiera lo tiene presente y buena prueba de ello es el hondo arraigo de esa célebre cláusula indicativa de que la obtención de una determinada autorización no exime a su titular de la obtención de cualesquiera otras que fuere menester, con la única preocupación puesta, pues, en la preservación del espacio decisorio de cada cual (42). Y cuando sí lo tiene presente, tiende a establecer mecanismos muy rudos de coordinación —como el establecimiento sin más de una escala de licencias (43)— o, en el mejor de los casos, acude como fórmula de fusión a la utilización de una figura, la del informe, que como ya se indicó arrastra complicaciones a la hora de afrontar una eventual demora en su emisión —me refiero en este último caso a la conversión de las autorizaciones conexas en informes habilitantes o vinculantes.

El resultado de todo ello es que el fenómeno de los procedimientos conexos agudiza el grado de complejidad, obligando al interesado a pasar por anomalías tales como reiterar la presentación de la misma información o documentación ante instancias diversas, evacuar por partida doble trámites sustancialmente equivalentes o aguardar a que se resuelva un procedimiento para poder acceder a otro.

* * *

Es seguro que no son éstos los únicos factores contra los que ha de batallar la simplificación procedimental, pero sí encarnan los exponentes más usuales del reproche de complejidad que viene haciéndose a la actuación administrativa procedimentalizada. En ellos ha de centrarse, en consecuencia, la empresa de la simplificación.

Expuestas estas consideraciones de orden general acerca de los principales factores que elevan la complejidad del procedimiento administrativo, es momento de analizar cómo se está afrontando el reto de su simplificación en

(42) Valga como ejemplo de cláusula de «celo autorizatorio» la que encontramos en el art. 84.3 de la LBRL, allí donde señala, con vistas a proteger la cuota de poder local, que «las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales».

(43) Una de las más conocidas es la que liga a las licencias de obras y de actividades: «cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuere procedente» (art. 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto de 17 de julio de 1955). De todos son conocidos los problemas de ajuste y, sin duda, los retrasos que la aplicación de esta previsión ha generado y genera en la práctica.

el actual contexto, caracterizado, como ya se dijo, por la potencia del soporte normativo y por la confianza depositada a tal fin en las tecnologías de la información y de la comunicación.

Pues bien, a mi modo de ver, la senda que se está transitando corre el riesgo de llevar a una doble desorientación. Por un lado, es fácilmente apreciable la existencia de una posición muy extendida que tiende a ver en lo electrónico un bálsamo que, por sí mismo, posee propiedades aplicables a la simplificación de cualquier procedimiento que se tercie; cual si fuese suficiente, de esta suerte, transformar el canal de tramitación para introducir sin más mejoras sensibles de orden simplificador (III).

Por otro lado, las líneas que presiden la actual corriente de simplificación centran sus objetivos en algunos de los factores a que antes se ha hecho alusión —con un destacado protagonismo de los esfuerzos por acabar con la excesiva carga documental de los interesados—, pero descuidan al tiempo otros flancos, olvidando la importancia de abordar de manera integral todas las variables que inciden en la complejidad del procedimiento administrativo y, en consecuencia, dando pie a que los logros sean sólo parciales o, lo que es mucho peor, a que se vean al cabo oscurecidos por un «desplazamiento» de la complejidad desde los factores revisados a otros que no se tuvieron en cuenta (IV).

III. LOS RIESGOS DE LA ACTUAL CORRIENTE DE SIMPLIFICACIÓN. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA COMO FÓRMULA AUTOMÁTICA E INFALIBLE PARA HACER MÁS SENCILLO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. El riesgo de un tránsito irreflexivo hacia lo electrónico

El primer peligro a que se enfrenta el correcto encauzamiento del movimiento simplificador en nuestros días trae causa de la manera apriorística con la que se concibe el potencial simplificador de la herramienta electrónica.

Es éste un postulado que, a mi modo de ver, se deja sentir en el carácter absoluto de que hacen gala algunas previsiones de la LAE relativas a la conversión electrónica de los procedimientos administrativos, reclamando que ésta se extienda a la «totalidad de los procedimientos y actuaciones» (44). Otro tanto sucede con la DSer, donde se exige que «todos los procedimientos y trámites» que supeditan el establecimiento de una actividad de servicios y

(44) Como reza la disposición final tercera, que marca el ritmo de adaptación de los derechos reconocidos en el art. 6 *ibidem*.

su ejercicio hayan de poderse realizar electrónicamente y a distancia (45). Y todavía es más perceptible esta postura cuando topamos con previsiones sectoriales que reclaman una transformación en tromba y en bloque de las relaciones administrativas en un determinado sector, más como un tributo a la modernidad que como el resultado de una estrategia trabajada sobre las necesidades específicas de simplificación en el ramo en cuestión (46).

Declaraciones de este tenor no desencajan si se toman en un sentido voluntarista de tal manera que más que un resultado escrupuloso hay que ver en ellas la intención de remarcar la importancia de la implementación de las tecnologías de la información y de la comunicación en la gestión administrativa, teniendo en cuenta, además, la situación frágil y desnivelada, en cuanto al desarrollo de la Administración electrónica hace, de la que se viene; una situación provocada en buena medida por haber fiado la iniciativa del tránsito a lo electrónico al albur de cada Administración. Es perfectamente lógico por ello que el legislador reclame virar y lleve el mandato al otro extremo —sabe-dor, añadiría yo, de que, aunque el propósito se quede a medias, será mucho el trecho avanzado.

No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando este tipo de previsiones que vienen a comprenderlo todo se analizan desde el prisma del principio de simplificación. Resultan más bien desconcertantes desde el momento en que dan por supuesto que la conversión electrónica, sin necesidad de ningún tipo de ajuste, redundará en la mejora de la agilidad y sencillez de cualquier procedimiento. Y el caso es que este planteamiento apodíctico está penetrando con fuerza también en el criterio de los responsables de pergeñar las labores de simplificación en el seno de cada Administración; digamos que se respira en el ambiente la consigna de aplicarse al máximo para que la teletramitación se proyecte a toda costa sobre el conjunto del panorama procedimental, liberando a esta receta de la necesidad de pasar por el tamiz para valorar antes su conveniencia y acierto.

(45) Véanse los arts. 6.1.a) y 8.1 de la DSer. Sólo quedan a salvo de estos mandatos omnicomprendivos, por razones obvias, las actuaciones de orden inspector que requieren de una personación *in situ* —como es el caso de la visita del lugar y de la comprobación de los utensilios y maquinaria empleadas en la prestación del servicio—; y, por idénticos motivos, se dejan aparte también las actuaciones tendentes a examinar personalmente al prestador a los efectos de valorar su capacidad o integridad personal (art. 8.2 *ibidem*).

(46) Tengo en mente, por poner un simple ejemplo, lo previsto en el art. 11 (*Uso de medios técnicos*) de la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades: «las relaciones interadministrativas, y las de la ciudadanía con las administraciones ambientales, deben llevarse a cabo con técnicas y medios telemáticos, respetando las garantías y los requisitos dictados por las normas de procedimiento administrativo». Ahí queda el mandato; sin más ropajes.

El valor que lleva ínsito el principio de simplificación reclama, por el contrario, una forma distinta de hacer las cosas, más proclive a la serenidad y a la prudencia y, por eso mismo, más en sintonía con una transformación electrónica meditada, que avale el tránsito del procedimiento administrativo sólo allí donde este aporte un valor añadido en grado de hacer más sencilla la actuación del interesado.

No pretendo poner en duda con lo anterior que los avances de la Administración electrónica puedan repercutir de manera positiva y significativa en la simplificación de la acción administrativa. Está fuera de toda discusión que el formato electrónico acumula grandes virtudes: se eliminan los desplazamientos; se suprimen las colas; se ofrece una mayor libertad horaria en tanto en cuanto se permite realizar las gestiones en cualquier momento del día y se facilita, en fin, la consulta habitual de la marcha del expediente (47). Ventajas todas ellas relevantes, sin duda. Ventajas que, además, vienen a saldar un débito en relación con extremos que el ciudadano percibe como importantes focos de complejidad a la hora de relacionarse con la Administración y que no en vano de siempre han estado en el punto de mira de las críticas a su funcionamiento.

Ahora bien, sin perjuicio de esta formidable carta de presentación, lo que trato de significar es que también la horma electrónica, en tanto que instrumento de un fin, debe superar el examen que impone medir su eficacia y eficiencia a cuenta de alcanzar los designios del principio de simplificación. Y de ahí que su utilización como útil de simplificación debiera venir acompañada, en buenos principios, por dos precisiones que importa mucho resaltar: que la aplicación de moldes electrónicos a la actuación de la Administración no la hace, *eo ipso*, más sencilla (2); y que la opción electrónica no agota las vías de simplificación, como tampoco representa siempre su mejor exponente (3).

2. La tramitación electrónica tiene también importantes dosis de complejidad

Para comenzar, es importante dejar sentado que la sola conversión de un trámite convencional en electrónico no tiene por qué hacerlo más sencillo.

La afirmación precedente se comprende mejor si nos situamos en la posición del ciudadano, destinatario principal a fin de cuentas de los esfuerzos de la simplificación administrativa. Conviene no olvidar a este respecto que,

(47) A veces se eleva el tono del elogio y se esgrime en su favor efectos más remotos como su contribución a la sostenibilidad ambiental de resultados de la reducción de las emisiones de carbono y su papel de motor económico gracias a la innovación.

por mucho que para la realización del trabajo doméstico de la Administración las tecnologías de la información y de la comunicación aparezcan como una medida claramente ventajosa en términos de ahorro de energías y recursos, su valoración puede ser muy distinta desde la óptica del ciudadano y es este el punto de vista que, en última instancia, debe primar puesto que así lo exige el carácter vicarial de la Administración que la CE elevó a pared maestra del edificio administrativo.

Para el ciudadano, la transformación digital de un procedimiento administrativo convencional puede entrañar complicaciones importantes, acaso mayores a las que ya acarrea la versión tradicional. Y no me refiero sólo a los problemas relacionados con la famosa «brecha digital». Aparte de las posibles fracturas sociales —en razón de la edad, la discapacidad, la riqueza, la formación, o el lugar de residencia, entre otras causas—, es lo cierto que la tramitación electrónica requiere de una serie de engranajes —desde los sistemas de identificación y autenticación, pasando por los registros electrónicos o las nuevas formas de notificación en clave electrónica— cuyo manejo dista de ser, por el momento, fácil y natural. No está al alcance de todos, pongamos por caso, aplicar con agilidad los certificados de firma electrónica —el que integra el documento nacional de identidad electrónico, sin ir más lejos— y no digamos ya entender los rudimentos técnicos de su funcionamiento (48).

Se dirá, sin embargo, que la superación de esta complejidad es sólo cuestión de tiempo y que, como en toda mudanza, tanto más si es de tamaño profundidad, es preciso conceder un cierto tiempo de adaptación a los nuevos usos y lenguajes. Probablemente así sea. Pero más que poner en duda la necesidad de esta aclimatación y su éxito futuro, la constatación de estos obstáculos debe servir para llamar la atención sobre el eje en torno al cual ha de girar la simplificación y, por tanto, el baremo para medir el grado de eficacia de la Administración electrónica a cuenta de este objetivo: el ciudadano. Habrá que estar, pues, especialmente atentos a la percepción del público y tomar el pulso de la aceptación social de los instrumentos electrónicos de simplificación. Por ahora, se sabe que el resultado de ese pulso no es del todo alentador a tenor de los datos que ofrecen algunos estudios sociológicos, reveladores de la importancia que el ciudadano concede a la atención

(48) La cosa cambia, ciertamente, cuando la destinataria de las medidas de Administración electrónica es la empresa. Aunque es éste un género que aglutina especies muy distintas, cabe afirmar en términos generales que la introducción de medios electrónicos en la gestión administrativa se contempla desde la empresa de una manera distinta tanto en lo que se refiere a su necesidad —que se juzga mucho más urgente— como en lo que atañe a la capacitación —la brecha digital se estrecha en el mundo empresarial. No es extraño por eso mismo que el desarrollo de la e-Administración se preste a la bifurcación en dos ramales (ciudadanos y empresas) con dos velocidades claramente distintas.

personal en detrimento de otros beneficios de la Administración electrónica como la ausencia de colas o la evitación de desplazamientos (49). Primer aviso, pues, a navegantes.

3. La posible existencia de alternativas más eficientes para con los fines de la simplificación

Supuesta la idoneidad de la opción electrónica para simplificar un procedimiento administrativo, hay que someter a continuación esta estrategia, por mor de la eficiencia, a la comparación con otras posibles opciones igualmente aptas para alcanzar el objetivo pretendido. Porque más allá del instrumental que brinda la Administración electrónica perviven otras técnicas convencionales de simplificación. Es más, si bien se mira, la reducción de la complejidad de un procedimiento administrativo suele prestarse por lo general a aproximaciones diversas.

Pues bien, de este juicio comparativo no siempre ha de salir triunfante la fórmula electrónica. De entrada, porque por encima de la conversión electrónica se impone una opción que, de ser hacedera, resulta más intensa en su contribución simplificadora. Me refiero a la supresión del factor de complejidad —que no del procedimiento en sí (50). No hay línea más recta para simplificar que liquidar el elemento que causa la complicación. Así, por poner un par de ejemplos, antes que cualquier variante electrónica para la presentación de un determinado documento, es seguro que el interesado verá más reducida su carga si directamente se suprime la exigencia de contar con dicho documento en la tramitación del expediente en cuestión. Lo mismo que eliminar una tasa aventaja en este orden a la mejor tecnología destinada a facilitar su pago por medios electrónicos; y así siguiendo (51).

En otro orden de consideraciones pero sin cambiar de tercio, no puede ocultarse el coste económico que requiere la puesta en práctica de la Administración electrónica. Se trata de una apuesta cara, que, no obstante su amorti-

(49) Para profundizar en esta línea de reflexión y descubrir sus principales claves puede acudir al estudio de CRIADO (2009).

(50) Me parece importante puntualizar que la idea de supresión a la que me refiero debe ser entendida como la eliminación de aquellos trámites, documentos, costes o dilaciones que complican de forma innecesaria la sustanciación de un procedimiento administrativo. Lejos queda esta idea de supresión, así concebida, de preconizar la desaparición, lisa y llana, del procedimiento mismo.

(51) Importa significar, de todas maneras, que la supresión constituye un remedio aplicable únicamente a las formalidades superfluas cuyo papel en la formación de la decisión administrativa resulte prescindible. De lo contrario, se corre el riesgo de empobrecer el material de instrucción hasta el punto de hacer peligrar la capacidad de la Administración de resolver con acierto.

zación futura y su rentabilidad a medio y largo plazo, exige una considerable inversión inicial en recursos tecnológicos y humanos (52).

Añádase, sobre ello, que ese coste económico de la vía electrónica se incrementa como consecuencia de dos importantes exigencias que emanan del propio modelo de Administración electrónica acogido en España. La primera exigencia tiene que ver con la convivencia entre los medios electrónicos y el «papel». La vía electrónica, aunque sea de resultados de una lectura discutible del principio de igualdad, no viene acompañada, como postulado de base, de la coetánea supresión de su trasunto convencional, sino que ambas vías deben, en línea de principio, coexistir (53). La segunda exigencia trae causa de la pluralidad de lo electrónico: en contraste con el «papel» —que a estos efectos es uno solo—, aglutina aquella vía todo un ramillete de posibles medios de relación que van desde Internet hasta el teléfono pasando por otros canales menos desarrollados como la televisión digital terrestre (54). Pues bien, rige

(52) Para amortiguar el impacto de este coste, el legislador ha hecho bien en insistir en la cooperación entre las Administraciones Públicas como posible fórmula para compartir aplicaciones informáticas, pensando sobre todo en el auxilio al mundo local. De esta forma, aplicaciones desarrolladas por una Administración pueden ser puestas a disposición gratuita de otras Administraciones, promoviendo la reutilización e incluso la mejora, a imagen de lo que ya ocurre con respecto al denominado «software libre» (véanse los arts. 45 y 46 de la LAE).

Entre otras muchas iniciativas de este tenor, pueden citarse las lideradas por el Ministerio de la Presidencia a través de la red SARA (acrónimo de Sistema de Aplicaciones y Redes para las Administraciones) o por el Consorcio Administración Abierta de Cataluña a escala autonómica —sobre la singularidad de este consorcio como mecanismo para impulsar, desde la cooperación entre el nivel local y el autonómico, el desarrollo de la Administración electrónica, véase BERNADÍ GIL (2008: 320-326).

(53) Y, como se ha indicado, en términos paritarios (art. 4. b de la LAE).

Esta doble vía (convencional y electrónica) admite, eso sí, algún estrechamiento excepcional como el que habilita el art. 27.6 de la LAE a los efectos de imponer, como única opción, la comunicación con la Administración por medios electrónicos en relación con las personas jurídicas y con aquellos colectivos de personas físicas más capacitados para dar el salto por razones económicas, técnicas o profesionales. Un saliente al que algunas Administraciones no han tardado en aferrarse en busca, precisamente, de una gestión más simple que evite las complicaciones de la aludida dualidad. Testimonio bien elocuente de ello es el RD 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(54) Sucede, no obstante, que el tratamiento que reciben los distintos medios electrónicos en el desarrollo de la e-Administración no es ecuaníme. Casi todas las miradas suelen centrarse en los medios informáticos y telemáticos y a ellas se destinan las más de las previsiones. El interés que se presta en cambio a otros medios electrónicos —señaladamente, el teléfono— es, en comparación, netamente inferior. Bueno sería, por muchas razones, profundizar más en su regulación.

Por cierto que también el teléfono, herramienta de Administración electrónica, debe pasar por el tamiz cuando es puesto al servicio de la simplificación. En un nuevo ejemplo de cómo de importante es abordar con amplitud de miras el fenómeno de la complejidad administrativa, el *Síndic de Greuges* de Cataluña ha denunciado que la utilización del teléfono para facilitar la realización de ciertos

entre nosotros la necesidad de adoptar un planteamiento plural que, en vistas de mitigar la fractura digital, permita al ciudadano escoger entre varios canales electrónicos, lo que, obviamente, también representa un esfuerzo económico añadido para los poderes públicos (55).

Siendo esto así, el dato del gasto de implantación de la vía electrónica no debería caer en saco rato; reclama, antes bien, cierto peso a la hora de hacer un balance entre el haber y el debe de los distintos instrumentos de simplificación. Lo impone, de hecho, la propia CE ex art. 31.2. Y de hacerse ese balance, es factible, por qué no, que la insistencia en la tramitación electrónica de un determinado procedimiento administrativo deba ceder, en atención a su elevado precio, ante otras opciones más baratas e igualmente aptas para los fines de la simplificación.

Además de las circunstancias económicas, está, por otra parte, la propia vastedad del conjunto procedimental. Con tantos y tan variados lugares donde recalar, resulta del todo imaginable que el examen de la necesidad y proporcionalidad de la transformación electrónica desaconseje en algunos casos el uso de esta medida, a pesar incluso de las notables ventajas inmanentes que reúne, y justifique, en cambio, la aplicación de otras soluciones de formato no electrónico. Y si no para renunciar a la tramitación electrónica como medida de simplificación en aquellos procedimientos más impermeables a sus bondades, una posición crítica con respecto a su implementación indiscriminada debería contribuir, al menos, a ensanchar las miras y a admitir una aplicación combinada con otras fórmulas simplificadoras.

No se me escapa que asumir una eventualidad de este tenor puede chocar. Desde luego, con las previsiones legales que, como ya se dijo, ordenan una conversión indiscriminada de todo el panorama procedimental. Pero también con la propia inercia de la implantación de la Administración electrónica cuyo deslumbramiento hace sombra a los medios convencionales de simplificación —condenados al cuarto trastero si no se remedia.

En cualquier caso, puestos a realizar este ejercicio de comparación —o, por qué no, de combinación—, bueno sería comenzar por atender la precariedad de la regulación de los mecanismos alternativos a la simplificación electrónica, ayunos como están en su mayoría de una normación común de referencia. Sin un repertorio claro, ordenado y bien armado de técnicas de simplificación, no es fácil exigir ningún cotejo. Y no me cabe la menor duda

trámites suponga para el interesado un gasto superior que el que resultaba de la antigua manera presencial —por la tarifa telefónica aplicada. Véase su *Informe al Parlamento* (2009: 32-33).

(55) El art. 6.2.a) de la LAE recoge el derecho de los ciudadanos «a elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas».

de que ese repertorio, como elemento basilar del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, debería ubicarse en la LAP. ¿Para cuándo entonces un catálogo de útiles simplificadores en la LAP (56)?

4. Un débil amarre para serenar el tránsito a lo electrónico: el análisis de rediseño funcional y simplificación

La asimilación acrítica de las virtudes simplificadoras de la mutación electrónica del procedimiento administrativo constituye, por las razones recién expuestas, un riesgo que es conveniente sortear. Y, puestos a hacerlo, la LAE incorpora una figura que, si se asume con rigor, puede ser de gran utilidad al respecto.

En efecto, la LAE introduce la necesidad de llevar a cabo un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento antes de aplicar medios electrónicos en la gestión de los procedimientos administrativos (57).

Qué haya de abarcar este análisis no queda acotado con precisión. En todo caso, como su propio nombre indica, parece lógico que comprenda, antes que nada, el estudio de la composición de la secuencia del procedimiento de turno a fin de proceder a su rediseño sobre la base de detectar si arrastra trámites prescindibles o susceptibles de mejora, ya sea alterando su ubicación, acumulándolos con otros trámites o cambiando la forma en que se desarrollan.

Juntamente con esta operación de rediseño de la secuencia, dicho análisis ha de abordar otros factores de complejidad que sí se enuncian expresamente en la LAE. En concreto, deberán tomarse en especial consideración cuatro aspectos: a) la supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación; b) la previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información; c) la reducción de los plazos y tiempos de respuesta; y d) la racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas (58).

(56) Es un avance que el legislador estatal se haya preocupado de alumbrar un tratamiento común para dos importantes instrumentos de simplificación —hoy en boga— como son la declaración responsable y la comunicación previa. Sin embargo, queda muchísimo trecho. Y la línea a seguir, a mi juicio, es la que algunos legisladores autonómicos ya han acertado a emprender. Un buen ejemplo lo encontramos en la Ley catalana de régimen jurídico y de procedimiento administrativo que, como ya quedó apuntado, dedica un capítulo específico a la regulación de las medidas de simplificación administrativa. A pesar de que alguna técnica se eche en falta y de que existan algunos desajustes, estimo meritorio y aleccionador este ánimo de sistematizar una materia tan necesitada de orden.

(57) Este análisis se contempla en el art. 34 (*Criterios para la gestión electrónica*).

(58) Un comentario detenido de estos cuatro apartados puede verse en PALOMAR OLMEDA (2008: 417-421).

A la vista está que, de tomarse en serio la confección de este análisis, estamos ante una figura que avanza en la dirección correcta y que puede ayudar a prevenir, y en su caso enderezar, una eventual torcedura del rumbo. Y no sólo por la profundidad de su contenido. También por su carácter previo. Exigir antes de ahorrar electrónicamente un procedimiento una reflexión de este tenor puede frenar el automatismo en la conversión, imponiendo un alto en el camino que serene el empuje irreflexivo hacia lo electrónico y haga al cabo el tránsito más juicioso.

Ocurre, por desgracia, que hay motivos para dudar de la virtualidad real de esta figura. No es un buen comienzo así que la previsión donde se recoge esté fuera de las normas básicas de la LAE (59). Es verdad que ello no obsta a que, así sea con un rótulo distinto, acabe expandiéndose la misma idea de fondo fruto de la lógica que la inspira. Una lógica que es válida para cualquier Administración. De hecho, existen ya muestras de figuras de índole similar tanto en el ámbito autonómico (60) como local (61). Con todo, tengo para mí que el carácter básico de esta previsión —plausible, a mi juicio— habría contribuido a fortalecer la significación de este análisis y su implantación.

Vienen después los claroscuros que rodean su capacidad de vincular. Porque el tono imperativo que emplea el legislador para imponer el análisis como requisito previo a la transformación electrónica de todo procedimiento tropieza con un buen número de carencias: no se especifica qué forma tendrá (informe, propuesta...); no se da la más mínima indicación sobre su atribución orgánica (quién lo hará y a quién se dirigirá el análisis) y los pasos a seguir en su confección (62); nada se dice de su vigencia y, por ende, de la más que

(59) Los arts. 33 y 34, donde se contienen las disposiciones comunes en relación con la gestión electrónica de los procedimientos, no están incorporados al catálogo de normas básicas enumerado en la disposición final primera de la LAE.

(60) En el caso de Cataluña, por ejemplo, la LUMEC establece que la incorporación de medios electrónicos en la actuación de las Administraciones ha de ser el resultado de «un proceso documentado de rediseño funcional y de racionalización y simplificación normativas y administrativas» (art. 16). Un proceso en el que, además, habrán de tomarse en consideración aspectos tales como la simplificación documental, la viabilidad económica o la interoperabilidad.

(61) A propósito del mundo local, GAMERO CASADO (2008: 221) da cuenta de algunas previsiones en este sentido como en el caso del «proyecto de incorporación» que recoge la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona reguladora de la Administración electrónica (2006, art. 35).

(62) En relación con el proceso de elaboración del análisis de rediseño funcional y simplificación se echa en falta especialmente alguna alusión a la participación de los potenciales usuarios (ciudadanos, empresas y entes públicos) en la identificación de las rémoras del procedimiento administrativo; así como a la consulta de los empleados públicos encargados de la tramitación del procedimiento afectado cuya opinión interesa mucho conocer. A esta dimensión participativa sí han prestado más atención los legisladores autonómicos. Sirvan de ejemplo las previsiones contenidas en la Ley Foral 15/2009 (art. 10.1 *in fine*) y en la LUMEC (art. 15.2).

conveniente revisión periódica (63); tampoco hay rastro de las consecuencias anudadas al incumplimiento; y, lo que es más importante, queda en el aire la fuerza que hayan de tener las conclusiones alcanzadas; extremo trascendente si se tiene en cuenta que muchas veces la purga de un factor de complejidad puede demandar la intervención de una instancia distinta o superior a la que elaboró el análisis o incluso la modificación de una norma (64).

Así las cosas, no queda más remedio que admitir que el carácter imperativo del análisis de rediseño funcional y simplificación se presta mucho a diluirse en la práctica hasta quedar tal vez, es de esperar que no —y tengo feliz constancia de testimonios que dan prueba de la implicación de algunos órganos—, en una buena invitación, a expensas del criterio del responsable público de turno.

IV. LA AUSENCIA DE UN ABORDAJE INTEGRAL DE TODAS LAS FACETAS VINCULADAS A LA COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. El riesgo de un «deslizamiento» de la complejidad

El segundo peligro capaz de alterar el acertado rumbo de la corriente actual de simplificación administrativa se sitúa, como ya se anunció, en una consideración parcial o fragmentada de los factores de complejidad del procedimiento administrativo. Para llevar a buen puerto la difícil empresa que supone hacer más sencillo un procedimiento administrativo resulta imprescindible incorporar a la estrategia la pluralidad de causas y de variables que dificultan y entorpecen su tramitación. De lo contrario, si se trabaja de manera aislada sobre una concreta rémora, sea cual sea, sin atender a las restantes, es seguro que el logro será menor. Y lo que es mucho peor. Cabe incluso la posibilidad de que la complejidad simplemente «se deslice» hacia otros factores, a veces de forma casi inercial, agravándolos y provocando un resultado que, valorado en conjunto, no difiera mucho de la situación original.

Para captar mejor este deslizamiento de la complejidad bueno será servirse de un par de ejemplos que me parecen elocuentes.

(63) Extremo que sí contempla, bien que mínimamente, el art. 15.3 de la LUMEC.

(64) Y quién sabe si esa modificación normativa estará al alcance, no ya de quien emita o reciba el análisis, sino incluso de la propia Administración actuante.

La cuestión no ha pasado desapercibida para el legislador navarro, aunque la solución dada por éste resulte limitada y un tanto ambigua. Así, se establece que los Departamentos de la Administración autonómica, después de revisar los procedimientos, «promoverán, en los casos en los que sean necesarios, los cambios normativos correspondientes, bien mediante la elaboración y presentación de proyectos reglamentarios o bien mediante anteproyectos de leyes forales» (art. 10.2 de la Ley Foral 15/2009).

A. Reparemos, como primer botón de muestra, en la declaración responsable; una herramienta simplificadora que ya contaba con importantes registros sectoriales en nuestro ordenamiento jurídico, pero que, después de la DSer, está llamada a aumentar su presencia significativamente en tanto que técnica de policía *ex post* sustitutiva de las licencias o autorizaciones. Precisamente en esta línea de favorecer su uso, el legislador estatal ha confeccionado un marco común para la declaración responsable y lo ha depositado en la LAP, sentando de este modo las bases que han de permitir un despliegue sectorial de mayor recorrido (65). No es éste el lugar para glosar en detalle esta novedad, pero sí para realizar una reflexión al hilo de la cuestión que nos ocupa.

A priori, el canje de la autorización por esta declaración responsable supone para el interesado un claro avance simplificador dado que reduce drásticamente la tramitación y acorta el tiempo de respuesta, lo que permite que la actividad de que se trate se ponga en funcionamiento rápidamente (66); una rapidez acentuada, si cabe, merced a la posibilidad de presentar la declaración telemáticamente (67). Sin embargo, cuando se descende a las entrañas de este mecanismo, se advierte que no se ha reparado en todas las facetas de este trueque, comenzando por la económica. No es de extrañar así que las primeras resistencias a la sustitución de las licencias provengan del mundo municipal y respondan a la preocupación por la consecuente pérdida de ingresos procedentes de las antiguas tasas recaudadas por licencias. Cómo mantener esa importante fuente de recursos —no digamos ya en la coyuntura económica de nuestros días— es hoy un tema capital y es probable que se traduzca en la búsqueda de alternativas recaudatorias —preferentemente localizando amarres para nuevas tasas— que, quién sabe, compliquen todavía más al interesado su intervención o le supongan un mayor desembolso económico.

Siguiendo con el discurso, tampoco se ha atendido a la vertiente documental y no es del todo claro si la presentación de la declaración va a ser más onerosa que la tradicional solicitud en términos de documentación a reunir y conservar. Algo que está en íntima conexión con la seguridad que estará en grado de ofrecer este mecanismo al interesado, llamado a suscribir, bajo su responsabilidad, «que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o

(65) Art. 71 *bis* de la LAP introducido por la Ley ómnibus.

(66) Con carácter general, la declaración responsable permitirá el ejercicio del derecho o el inicio de la actividad «desde el día de su presentación» (art. 71.*bis*.3).

(67) Posibilidad que la Administración habrá de contemplar en todo caso, según se desprende de lo dispuesto en el art. 71.*bis*.5:

«Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica».

para su ejercicio» y que, además, «dispone de la documentación que así lo acredita» (68). Y ello so pena de que cuando la Administración detecte alguna inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial se deduzcan las responsabilidades oportunas: además de cesar de inmediato la habilitación para el ejercicio del derecho o actividad, podrá obligarse al interesado a restituir la situación jurídica al momento previo al inicio de la actividad, impidiéndole, en fin, que pueda instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un determinado período de tiempo; sin olvidar, por otra parte, la posible subsunción de su conducta en algún tipo de infracción administrativa o penal —singularmente, asoma aquí el delito de falsedad (69). Bien puede ocurrir que el ciudadano, precisamente por la sensación de inseguridad y por el temor a las consecuencias fruto de una incorrecta apreciación suya, vaya en busca de amarres «paralelos» que le pongan a cubierto y que protejan su proyecto o iniciativa gracias a la intervención de un tercero ducho en grado de filtrar y valorar la adecuación a la legalidad de la declaración. Sí así acontezca, el examen que realizaba la Administración a través de la autorización vendrá trocado en la práctica por una verificación privada cuyo coste deberá sufragar, eso sí, el interesado y que, vista desde fuera, tal vez no resulte mucho menos onerosa que el anterior régimen de autorización. Veremos cuál es el resultado de las cuentas.

Y la reflexión no acaba aquí. Porque, como seguramente habrá intuido el lector, está por ver también si la implantación de esta técnica no va a parar simplemente en un traslado de la complejidad dentro del ciclo de control administrativo, aliviando mucho el antes, pero dando pie en el después a procedimientos de comprobación, control o inspección que, sin los acomodos oportunos, acaso representen para el interesado una carga mayor en términos, sin ir más lejos, de documentación a generar y custodiar (70). A falta

(68) Precisamente por la importancia de esta asunción de responsabilidad, la declaración responsable exige de la Administración la confección de modelos en los que se recoja de manera expresa, clara y precisa los distintos requisitos cuya veracidad el interesado va a suscribir (art. 71.bis, apartados primero y quinto).

(69) Lógicamente, la declaración responsable, como su propio nombre indica, supone un plus de asunción de responsabilidad por parte del interesado que la suscribe. De ahí que la claridad del cuadro regulador y del modo de funcionar de esta figura devenga imprescindible para disipar temores. No hay que olvidar que, como bien señala LAGUNA DE PAZ (2009: 47), «la sustitución de la autorización por comunicaciones previas —o declaraciones responsables— priva al particular de la reconfortante sensación de tener un papel en el bolsillo, que formalmente declara su derecho a realizar la actividad». En esta misma línea de significar la inseguridad e inquietud que para el particular pueden representar estos instrumentos —algo a lo que contribuye la parquedad e imprecisión técnica de la normación común depositada en la LAP— se ha manifestado MUÑOZ MACHADO (2010, 74-79).

(70) En resumidas cuentas: que se produzca un simple «desplazamiento temporal» de la complejidad desde el momento previo de la licencia al momento posterior del control. De ser así, pronto tocará abordar cómo simplificar la intervención de la Administración *post initiatum negotium*.

de toda señal de ajuste en la LAP, parece que el legislador español olvida que la implantación de la declaración responsable como método ordinario de intervención administrativa no pasa simplemente por subir un punto el nivel de vigilancia posterior, sino que implica transmutar la función de inspección y remozarla de pies a cabeza (71).

Así que, ya escampaba y llovieron guijarros. O se pulen todas estas aristas, o es imaginable que el interesado añore la tradicional espera de la resolución convencional y la carga documental asociada.

B. Sirva aún un segundo ejemplo, esta vez ligado a la reducción de la carga documental. De entre las múltiples formas que existen de hacer frente a este problema, la opción que está en boga, y que abandera ahora la LAE como veremos, consiste en exonerar al interesado de aportar ciertos documentos o información a costa de que sea la propia Administración la encargada de localizarlos y traerlos a colación. Ni que decir tiene que una tal maniobra simplifica como pocas la intervención del interesado; y lo hace, además, sin que se resienta la consistencia del cuerpo de la instrucción (72). Sin embargo, ocurre que, si no median los recursos suficientes para que la Administración lleve a cabo esa búsqueda eficazmente y se hace oídos sordos al incremento de trabajo que tal sistema acarrea, por fuerza se trasladará la presión al tiempo de resolución, que es otro factor de complejidad del procedimiento. Y en ocasiones, por cierto, no un factor más, como sucede —y de aquí proviene la anterior reflexión— en los expedientes vinculados a los servicios sociales cuya pronta resolución no debería nunca desbaratarse so pretexto de la introducción de medidas de simplificación documental (73).

(71) Que no estamos ante un cambio menor es precisamente lo que ha pretendido resaltar PAREJO ALFONSO (2009a: 35-36; 39), advirtiendo al mismo tiempo de las severas carencias de nuestro sistema administrativo para asumir de pronto un traslado masivo de personas, medios y maneras desde el mundo de la policía *ex ante* al de la policía *ex post*.

Si bien no con tanto énfasis, el Consejo de Estado también llamó la atención sobre la forma un tanto frívola con la que el anteproyecto de Ley ómnibus planteaba la sustitución de algunos regímenes de autorización por los sistemas de declaración responsable y comunicación previa sin detenerse después del canje en la previsión de mecanismos alternativos de supervisión *a posteriori* de la actividad, lo cual, a juicio del alto cuerpo consultivo, suponía pasar por alto la protección de los derechos de los consumidores y usuarios y el fomento de la calidad de los servicios —que son, también, no hay que olvidarlo, otras de las ideas fuerza de la Directiva de Servicios (DCE de 21 de mayo de 2009, expediente 779/2009, § V.2).

(72) Quiere decirse con ello que este mecanismo de simplificación documental, a diferencia de otros, no supone para la Administración una pérdida de información ni en términos cuantitativos ni cualitativos. Se trata de una mutación subjetiva del informante, alterando el sujeto obligado a aportar los datos, nada más.

(73) El *Síndic de Greuges* de Cataluña, en su *Informe al Parlamento* (2008: 276-277), daba cuenta de una serie de quejas relacionadas con los retrasos en la puesta en práctica de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas

Ejemplos como los reseñados enseñan la conveniencia de realizar un abordaje en bloque a la hora de acometer la simplificación del procedimiento administrativo. Y es que al trasluz de esta premisa se advierte cómo las directrices vigentes incurrir en una cierta descompensación. Así, la vía que lidera la LAE concentra el grueso de sus fuerzas en encarar el problema de la carga documental de los interesados (2), mientras que la senda que abre la DSer tiene como pilar esencial la instauración de ventanillas únicas con las que combatir la complejidad provocada por la suma de procedimientos sobre un mismo servicio (3). Ambas estrategias, no obstante, tratan con menor dedicación y más superficialidad la cuestión relativa a la simplificación de los trámites (4), y apenas sí inciden en la complejidad asociada al tiempo y al coste del procedimiento (5).

2. La reducción de la carga documental que pesa sobre los interesados. El derecho a no presentar datos y documentos en poder de las Administraciones

Puestos a destacar la principal medida en la que cristaliza la apuesta actual por la simplificación en clave electrónica diría que tal mérito le corresponde al art. 6.2.b) de la LAE. Se acoge en este precepto una auténtica perla: el derecho de los ciudadanos a no aportar datos y documentos que obren en poder de la Administración Pública. En razón de su importancia, vale la pena dejar constancia de su tenor literal:

«2. Además, los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la presente Ley, los siguientes derechos:

b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información (...).».

El derecho a no presentar documentos en poder de la Administración no es, en rigor, un derecho de nuevo cuño. Figuraba ya desde 1992 en el catálogo de derechos del art. 35 de la LAP —concretamente en la letra f—, aunque su contribución real haya sido desde entonces y hasta el momento muy pobre, casi imperceptible para los ciudadanos. Un balance decepcionante provocado por la inclusión en su tenor literal de una férrea limitación que hace excesivamente angosto su radio de acción. En efecto, circunscribir la

en situación de dependencia, y de cómo en descargo de la tardanza el Departamento de Acción Social y Ciudadanía había alegado las dificultades de hacerse por su cuenta con ciertos datos como resultado de haber liberado al interesado, para rebajar su carga documental, de aportar la documentación correspondiente.

invocación de este derecho a los supuestos en que el documento se encuentre en poder de la propia «Administración actuante» deja su virtualidad a merced del estado de una organización administrativa que no se ha caracterizado precisamente en las décadas pasadas por la reducción de organismos públicos, sino, antes al contrario, por la inflación y el crecimiento desbocado. A pesar de ello, no toda la culpa de la pobre cosecha del art. 35.ª) de la LAP es atribuible a la letra de ley. Porque tampoco la disposición y el espíritu de la Administración han sido, a decir verdad, los más propicios. Qué decir si no de los desarrollos reglamentarios que, lejos de allanar, han estrechado todavía más el camino, *contra legem* dicho sea de paso, fijando condiciones para el ejercicio de este derecho no previstas por la LAP como la edad del documento o la necesidad de identificar la concreta oficina en la que el mismo se halla custodiado (74). Sólo en los últimos años cabe dar noticia de algunos tímidos avances como la supresión de la necesidad de aportar la fotocopia de los documentos de identidad y del certificado de empadronamiento en las relaciones con la Administración General del Estado y sus entes institucionales (75).

A primera vista, pues, podría pensarse que el art. 6.2.b) de la LAE no es más que un simple trasunto del art. 35.ª) de la LAP y, en consecuencia, que no hay razones para esperar un impacto sensible en su puesta en escena electrónica. Sin embargo, a medida que se profundiza en su análisis sale a relucir la notoria distancia que separa a ambas previsiones.

La diferencia más importante entre el art. 6.2.b) de la LAE y el art. 35.ª) de la LAP radica en la supresión de la acotación subjetiva. Porque con arreglo al art. 6.2.b) de la LAE el ciudadano tiene el derecho a no aportar documentos que obren en poder «de las Administraciones Públicas», sin más

(74) Tengo en mente lo previsto en el art. 2 (*Aportación de documentos*) del RD 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras del procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones. Se indica allí que el interesado podrá acogerse al derecho a no aportar documentos «siempre que haga constar la fecha y el órgano o dependencia en que fueron presentados o, en su caso, emitidos, y cuando no hayan transcurrido más de cinco años desde la finalización del procedimiento a que correspondan». Es más, se añade que «en los supuestos de imposibilidad material de obtener el documento, debidamente justificada en el expediente, el órgano competente podrá requerir al solicitante su presentación o, en su defecto, la acreditación por otros medios de los requisitos a que se refiere el documento, con anterioridad a la formulación de la propuesta de resolución».

(75) Acúdase al RD 522/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes; y al RD 523/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes.

precisión. Luego de cualquier Administración (*si lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) y no únicamente de la encargada de tramitar la solicitud o de incoar el expediente de que se trate. El salto es, huelga explicarlo, exponencial. Además, el art. 6.2.b) de la LAE amplía igualmente la dispensa por razón del objeto, superando el mundo de los documentos para alcanzar el espacio mayor de los datos (76).

Liberar al ciudadano de no tener que aportar ni documentos ni datos en poder de alguna Administración, la que sea, supone quitar de sus espaldas un pesado fardo. Tan es así que, si se exprime al máximo su significación y no se reduce su influencia a las Administraciones territoriales —algo plausible sin tener que forzar la literalidad del precepto—, estaremos asistiendo a un auténtico hito en la historia de la simplificación administrativa (77). Un hito que encajaría derechamente además con el sentido de las más modernas concepciones del procedimiento administrativo, aquéllas que lo representan como una suerte de crisol donde se funde la información necesaria para adoptar una decisión (78).

(76) Según el parecer de destacados estudiosos de la Administración electrónica (COTINO, 2008: 196-198; MARTÍN DELGADO, 2009: 159), el alcance de este derecho debe interpretarse a la luz de lo previsto en el art. 9 de la LAE para llegar a la conclusión de que su virtualidad ha de quedar constreñida a los datos y documentos que se encuentren en soporte electrónico. No hay duda de que esta lectura cuenta con un apoyo sólido y que contribuye a dar una capa de mayor realismo. Sin embargo, entiendo que lo que pretende el art. 9 no es limitar el alcance del art. 6.2.b), sino señalar el cauce más idóneo para darle plena efectividad. Y es que el derecho a no aportar datos y documentos en poder de las Administraciones admite en realidad diferentes vías de satisfacción. De hecho, el tenor del art. 6.2.b) únicamente indica que se utilizarán «medios electrónicos» en la búsqueda de la información. Medios electrónicos que pueden consistir en la consulta directa de las bases de datos —que es la opción consignada en el art. 9 y, desde luego, la más avanzada—, pero también en otras fórmulas como la transmisión por vía electrónica de la información a petición previa de la Administración instructora. De manera que la limitación a los datos en soporte electrónico que contempla el art. 9 de la LAE constituye un valladar que surge y que tiene sentido cuando se utilice este cauce para obtener la información, pero que no tiene por qué extenderse a la utilización de otras vías o medios electrónicos de obtención de los datos. Dicho en otras palabras, aunque la información no se encuentre en soporte electrónico, ello no impide que la misma pueda ser remitida por vía electrónica a la Administración actuante.

(77) Y es que hay que tener en cuenta que la proyección de este derecho es amplísima; tanto como lo es el número de Administraciones, su dilatada presencia en las distintas parcelas de la realidad y su capacidad contrastada de recopilar y almacenar información personal.

Ello no significa, de todas formas, que no quepa pensar en nuevos avances. Pienso ahora, por poner un ejemplo, en la prolongación de este derecho a los documentos y datos contenidos en registros públicos que no son gestionados por la Administración pero cuya información sí es reclamada por ésta al tramitar no pocos procedimientos administrativos —el caso paradigmático probablemente sea el del Registro Civil.

(78) Un nuevo paradigma que se describe con precisión y agudeza en los distintos trabajos contenidos en la obra colectiva editada y coordinada por BARNES (2008).

El problema está en que la consecución de este hito no parece estar al alcance de las posibilidades actuales de la Administración electrónica. Y es que el entorno preciso a fin de garantizar un uso pleno de este derecho plantea un desafío en mayúsculas, tanto en términos políticos (a), operativos (b), de protección de datos personales (c) y, antes que nada incluso, técnicos (d) (79).

a) En cuanto a los obstáculos políticos, sólo hace falta imaginar los reelos que salen al paso cuando se entra en el campo de la transparencia entre Administraciones Públicas. Y es que el modelo preferido por la LAE para hacer efectivo este derecho pasa nada menos que por un acceso directo de la Administración actuante a los archivos de la Administración custodia del dato o documento en cuestión. No otro es el sentido de la obligación que se cuida de recoger el art. 9 de la LAE: «para un eficaz ejercicio del derecho reconocido en el apartado 6.2.b), cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder y se encuentren en soporte electrónico». Como es fácil intuir, una tal apertura de seguro topará con la inercia al cantonalismo, la estanqueidad habitual de los sistemas, y las posiciones a la defensiva que de inmediato se alzan cuando se trata de compartir datos y de enseñar documentos propios. Y ello a pesar de que, si bien se mira, lo previsto en el art. 9 de la LAE puede reconducirse sin estridencias al pilar básico de la lealtad institucional, uno de cuyos corolarios es el deber de «facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias» (80).

b) A lo anterior se suman las dificultades operativas que plantea la satisfacción de este derecho en términos de pura gestión administrativa. No hay que olvidar que tras la dispensa del ciudadano hay una mudanza en el modo de trabajar de la Administración y sus empleados públicos, añadiendo una tarea, decisiva y a veces laboriosa, que hasta este momento corría a cargo del propio interesado. No cabe, por eso mismo, ignorar sin más el impacto que va a tener el ejercicio de este remozado derecho en la gestión de los expedientes

(79) Dejo al margen otras vertientes del análisis que no me parecen aquí tan importantes, aunque no por ello hayan de ser tildadas de irrelevantes. Entre esas vertientes figura la cuestión de la distribución del impacto económico provocado por el descenso de los ingresos en concepto de tasas —tasas que venían gravando la dación de cierta información, de ordinario en forma de certificado, y que corrían a cuenta del particular. ¿Cómo y quién compensará esta bajada?

(80) Así se expresa el art. 4.1.c) de la LAP. Desde el mismo punto de vista, el art. 4.e) de la LAE incorpora el «principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas al objeto de garantizar tanto la interoperabilidad de los sistemas y soluciones adoptados por cada una de ellas como, en su caso, la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos».

administrativos so pena de provocar, como ya se indicó, un desplazamiento de la complejidad en forma, por ejemplo, de tramitaciones más lentas y retrasos en la resolución (81).

c) Las implicaciones de la protección de los datos personales en este ámbito no constituyen un valladar menor, comenzando por que la esencia de este derecho requiere de una comunicación de datos que puede chocar con el principio de finalidad; principio en cuya virtud se imprime un vínculo teleológico a todo dato personal que, de esta suerte, queda asociado a un fin (82). Precisamente por ello, para conjurar cualquier peligro de lesión del derecho a la autodeterminación informativa de resultados de la utilización de un dato personal para un fin incompatible con el que justificó su recogida, la LAE ha optado por exigir que el interesado autorice expresamente la búsqueda de la Administración, es decir, que consienta las comunicaciones de datos que sean menester a los efectos de tramitar y sustanciar su solicitud (83).

(81) Con buen olfato, el art. 33.2 de la LAE se cuida de recordar algo que comparto firmemente: «en la aplicación de medios electrónicos a la actividad administrativa se considerará la adecuada dotación de recursos y medios materiales al personal que vaya a utilizarlos, así como la necesaria formación acerca de su utilización».

(82) En general, sobre la cesión de datos personales entre Administraciones Públicas, véase FERNÁNDEZ SALMERÓN (2003: 228-252).

(83) La opción escogida por la LAE (consentimiento del titular caso por caso) se ha calificado por algunos autores como excesivamente cauta teniendo en cuenta que esa búsqueda de información por parte de la Administración, además de realizarse en beneficio del interesado, puede apoyarse en otras causas de justificación del art. 11.2 de la LOPD sin tener que acudir por ello al consentimiento del interesado —entre otros, COTINO HUESO (2008:198-200); y VALERO TORRIJOS (2008: 274-278). Se ha apuntado así la posibilidad de sustentar estas comunicaciones de datos en la excepción prevista en el art. 11.2.c): «cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros». Y, en esta misma línea, no ha faltado quien se ha preguntado por qué el legislador, al tiempo de aprobar la LAE, no hizo uso directamente de la posibilidad que recoge el art. 11.2.a): «cuando la cesión está autorizada en una ley».

Sea como fuere, el caso es que el art. 6.2.b) es meridiano en cuanto a la necesidad de contar con el consentimiento del interesado para recopilar en interés suyo información personal en poder de las Administraciones. Otra cosa es que la Administración instructora pretenda, no ya recavar datos nuevos, sino examinar la veracidad de los que ya han sido aportados por el interesado. A los efectos de proceder a esta verificación, cabe prescindir, aquí sí, del aludido consentimiento. Conclusión que era dado colegir de lo previsto en el art. 35.3 de la LAE, pero que ha quedado claramente asentada en el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, cuyo art. 11 (*Verificación de datos en solicitudes formuladas a las Administraciones públicas*) establece que «cuando se formulen solicitudes por medios electrónicos en las que el interesado declare datos personales que obren en poder de las Administraciones públicas, el órgano destinatario de la solicitud podrá efectuar en el ejercicio de sus competencias las verificaciones necesarias para comprobar la autenticidad de los datos». Sorprendentemente, sin embargo, el Tribunal Supremo acaba de anular este precepto al considerar que la cesión de datos sin consentimiento que supone esta verificación

Sin salirnos de los datos personales, deviene fundamental que la información albergada en los ficheros administrativos cumpla escrupulosamente con las exigencias que dimanán del principio de calidad en lo que hace, especialmente, a la exactitud (84). Flaco favor se hará desde luego al interesado si resulta que la liberación de la carga documental trae consigo la incorporación de información suya inexacta, desembocando a la postre en la desestimación de la pretensión. De donde la conveniencia, a mi modo de ver, de estatuir una suerte de trámite de «confirmación» en el que el interesado tenga la oportunidad de dar por buenos —o, en su caso, rectificar de manera fundada— los resultados de la búsqueda practicada por la Administración.

d) Con ser los anteriores obstáculos importantes, el principal inconveniente y el que lastra ya de entrada el despegue reside, a mi juicio, en el propio apartado técnico. De hecho, a decir verdad, se conoce que el legislador no ha reparado en la magnitud del desafío que supone tener que contar con una digitalización completa y en constante actualización de la información administrativa personal; y, aún más, en poner toda esa información a disposición de las distintas Administraciones en un sistema reticular de acceso compartido y, por tanto, con altas dosis de homogeneidad (85). De haber pasado por el tamiz la cuestión, tal vez se habría introducido una mayor dosis de prudencia en el tenor literal de los arts. 6.2.b) y 9 de la LAE. Porque la interoperabilidad de todos los sistemas de información de las distintas Administraciones Públicas

necesita de una habilitación de rango legal y no meramente reglamentario (STS de 15 de julio de 2010, recurso 23/2008, fundamento de derecho sexto). Aunque sólo sea como apunte, no me resisto a indicar que discrepo de esta conclusión desde el momento en que la autorización legal reclamada puede extraerse sin dificultad, como ya se ha dicho, de lo previsto en los arts. 11.2 de la LOPD y 35.3 de la LAE —preceptos que ni siquiera figuran en el razonamiento de la sentencia.

(84) Es de recordar que, con arreglo al art. 4.3 de la LOPD, «los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado».

(85) La trascendencia que para el éxito de la Administración electrónica —con todas sus bondades detrás, entre ellas el derecho a la no aportación de datos y documentos en poder de las Administraciones— tiene la interoperabilidad de los sistemas de información ha sido destacada por GAMERO CASADO (2009) en un reciente estudio. Tal es su papel protagonista que, en palabras del propio autor, la interoperabilidad es «el mayor paso adelante que se puede lograr en la gestión administrativa, ahorrando cantidades incalculables de tiempo y de dinero a las Administraciones públicas y a los ciudadanos» (p. 293); y, en la misma línea, afirma que estamos ante «el desafío más importante que se plantea a la gestión administrativa en la primera mitad del siglo XXI» (p. 294). Otros autores, como CERRILLO I MARTÍNEZ (2008), han venido insistiendo también en la interoperabilidad como uno de los pilares de la e-Administración.

Coincido con esta apreciación. Es más, me atrevería a decir que el logro de la interoperabilidad no hace sino poner sobre la mesa cómo de crucial resulta para la empresa de la simplificación el tomar conciencia de que la complejidad administrativa es inabordable hoy por hoy sin una buena dosis de coordinación. Es ésta una materia en la que el principio constitucional de coordinación reclama a voces aparecer en primera plana.

es hoy una entelequia (86). Compartir datos e intercambiar información a la manera que indica el tenor del art. 9 está todavía muy lejos.

En cualquier caso, estas dificultades no deben llevar a bajar los brazos sin más y a desentenderse de lo que es, con la ley en la mano, un derecho subjetivo perfectamente definido del que es portador directo el ciudadano. Que haya que plegarse a la precaria —o limitada— implantación de la tecnología en nuestras Administraciones, como si de una especie de «derecho de configuración técnica» se tratase, no resulta, desde luego, una conclusión que se infiera de la letra o del espíritu de la norma, sino una necesidad forzosa nacida de la realidad del momento. Por fortuna, no se ha instalado la desesperanza —al menos no en todos los niveles de Administración (87)— y se están dando pasos en la buena dirección, tanto en el ámbito estatal (a) como autonómico (b); pasos y avances que, si bien no colman por completo el contenido que dimana del art. 6.2.b) —demostrando, así pues, cómo de conveniente hubiera sido una mayor contención en su formulación—, sí vienen a superar al menos con holgura el listón marcado por el art. 35.f) de la LAP.

a) Por lo que respecta a la Administración General del Estado, interesa conocer que el derecho que nos ocupa ha sido concretado en el Reglamento de desarrollo parcial de la LAE (2009) (88). Lo más llamativo —aunque esperable después de lo recién expuesto— es, sin duda, la renuncia lisa y llana a una inteligencia en términos absolutos de este derecho. Así, el RPLAE no vacila en circunscribir su virtualidad a los datos y documentos obrantes en los registros y archivos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. Extramuros, en cambio, la efectividad del derecho dependerá de la existencia o no del correspondiente convenio de colaboración con la Administración implicada.

(86) Tengo en mente un ejemplo que alimenta, claro está, el escepticismo. Me refiero a la interconexión de los sistemas autonómicos de información sanitaria. Siendo como es la sanidad un tema central, son notas las dificultades existentes para poder poner en común la información y obtener datos y estadísticas fiables a partir de los sistemas informáticos que cada Comunidad Autónoma en ejercicio de su autonomía ha estatuido por cuenta propia en su territorio. Y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional en una célebre sentencia ya dejó establecido que el Estado, con base en su competencia de coordinación sanitaria (art. 149.1.16º de la CE), contaba con la posibilidad de fijar «medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario» (FJ 2º de la STC 32/1983, de 28 de abril). Sobre el particular, véanse las reflexiones críticas de RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO (2008: 267-322).

(87) Al aludir a la desesperanza tengo en mente el estado de ánimo que se percibe en algunos estratos de la Administración local —fundamentalmente en los municipios pequeños— a la hora de interiorizar el reto de afrontar los compromisos en clave de Administración electrónica que se desprenden de la LAE —aun con la moratoria de la disposición final tercera— y de la DSer. De hecho, en algunos casos, la empresa se considera, sencillamente, inabarcable.

(88) Concretamente, en virtud de su art. 2.

La mecánica de ejercicio también difiere de la opción consignada en el art. 9 de la LAE. En primera instancia, es cierto que el RPLAE contempla la obtención del dato o documento a partir del acceso directo por parte del responsable de la instrucción a los ficheros del órgano u organismo depositario de la información interesada. Sin embargo, consciente de que dicha opción no siempre resultará factible, el RPLAE no duda en salirse del cauce para arbitrar dos alternativas residuales: la primera, solicitar al órgano depositario el envío de los datos y documentos por medios electrónicos en un plazo máximo de diez días; y la segunda, en defecto de la anterior, comunicar al interesado la imposibilidad de satisfacer su derecho a fin de que, adviértase la vuelta al principio, sea él quien aporte los datos o documentos (89).

A la vista de lo anterior y sin perjuicio de reconocer el adelanto con respecto a la situación precedente —que lo hay y en la buena dirección—, por fuerza hay que llamar la atención sobre el enflaquecimiento, en forma de reinterpretación a la baja, a que ha sido sometido este derecho por vía reglamentaria. Probablemente se piense, siguiendo el saber popular, que más vale pájaro en mano que ciento volando. Pensamiento que, por lo demás, comparto, pero que no ha de ser óbice para cuestionar la legalidad de este desandar —que choca con el principio de jerarquía normativa— y, en última instancia, para reclamar sin desmayo la cota más alta que ha marcado el legislador al forjar este derecho.

b) Tampoco en el ámbito autonómico parece que vaya a apostarse por llevar la letra del art. 6.2.b) hasta sus últimas consecuencias —planteamiento que en este nivel, a diferencia de lo que ocurre en el estatal, puede cobijarse en la adaptación a medida de las disponibilidades presupuestarias que permite la disposición final tercera de la LAE—, pero sí cabe apreciar un interés por acertar con mecanismos tendentes a encauzar de la mejor forma posible la satisfacción de este derecho. Así, sin perjuicio de insistir en la interoperabilidad de los sistemas de información administrativa (90), va ganando fuerza

(89) Olvidaba que, como colofón, cual si de una suerte de concesión se tratase, el art. 2.1.e) del RPLAE indica que en este supuesto el interesado «podrá formular queja» (*sic*).

Aunque es cierto que esta cláusula de cierre posee naturaleza excepcional y es de esperar que no vaya a ser aplicada salvo en contadísimas ocasiones, no puedo dejar de señalar que, a mi modo de ver, aparte de conculcar abiertamente lo previsto en el art. 6.2.b) de la LAE, deja en el aire los efectos que este círculo de actuaciones va a tener sobre el tiempo del procedimiento y la espera en la resolución.

(90) A tal fin se están ensayando, por cierto, fórmulas muy sugerentes. En el caso de Cataluña, sin ir más lejos, el art. 21 de la LUMEC regula el «Catálogo de datos y documentos interoperables», gestionado por el Consorcio Administración Abierta de Cataluña. En dicho catálogo, las entidades que integran el sector público de Cataluña incluirán una relación actualizada de aquellos datos y documentos que obran en su poder y que pueden ser objeto de consulta electrónica por las restantes Administraciones, indicando los requisitos a que queda supeditada dicha consulta.

en algunas Comunidades Autónomas el diseño de una suerte de carpeta o *dossier* individuales para los ciudadanos y para las empresas —la terminología es dispar: repositorio (91) o catálogo (92) son algunos de los términos empleados— que vendría a hacer las veces de lugar donde almacenar datos y documentos personales de utilidad para la sustanciación de ciertos trámites o procedimientos administrativos, y que se nutriría con información generada y aportada por las distintas Administraciones y por el propio interesado. De este modo, la puesta en práctica del derecho a no aportar datos y documentos requeriría de una simple remisión al *dossier* electrónico, consintiendo así su consulta por parte del instructor de turno.

Con todo, es indudable que queda mucho trecho. Precisamente por esto, resulta muy conveniente, a mi juicio, no descuidar la utilización de otras fórmulas que brinda la implantación de la Administración electrónica para aligerar la presión documental sobre los interesados. Por la fragilidad del art. 6.2.b) de la LAE y porque, además, el derecho a no aportar datos y documentos no deja de ser, como tal, una facultad de libre disposición del interesado (93). Un interesado que puede tener motivos atendibles para no hacer uso del

(91) En Navarra se ha ideado un «repositorio de proyectos técnicos de actividades empresariales o profesionales», donde los interesados podrán depositar sus proyectos y visados, quedando desde entonces exentos de su aportación en los diferentes expedientes administrativos que deban tramitar ante la Administración de la Comunidad Foral y, en su caso, si éstas se adhieren al sistema, ante las Administraciones locales respectivas (art. 15 de la Ley Foral 15/2009).

(92) En Castilla y León hallamos el «catálogo de simplificación documental», concebido como un inventario público de documentos cuya obligación de aportación por el interesado desaparece o simplemente queda sustituida por una declaración responsable (art. 6 del Decreto 23/2009).

(93) Algunos autores han cuestionado agudamente que la no aportación de datos y documentos se haya articulado en forma de derecho subjetivo y no, en cambio, como un deber simple y llano de la Administración que no habría de depender por tanto de la libre activación del interesado —VALERO TORRIJOS (2008: 271-274); y OLIVER CUELLO (2009: 99-100). En sostén de esta posición está, antes que nada, el carácter *ex parte civis* que preside esta medida, orientada a rebajar el peso de la carga documental del interesado; pero también las distorsiones que el uso a discreción de este derecho puede causar a la hora de implantar automatismos en la metodología de trabajo que tan convenientes son en trámites y procedimientos en masa. De hecho, no otro es el planteamiento que subyace en la cada vez más extendida utilización de modelos normalizados de solicitud en los que es la propia Administración quien aporta *ex officio* la información necesaria para rellenar algunos de los campos de la instancia.

Las razones esgrimidas resultan, sin duda, atendibles. En todo caso, puestos a sacar partido a la elección de la LAE, acoger la horma de derecho subjetivo favorece que el interesado tome conciencia de que la Administración va a recabar datos suyos para confeccionar la decisión final y, sobre esta base, le permite ejercer un papel más activo en el proceso de elaboración del acervo informativo —*id est*: en la instrucción del expediente—, permaneciendo atento a la fuente y a la calidad de los datos transmitidos entre los distintos órganos e instancias. Y no sólo eso. Le permite asimismo renunciar a este beneficio y asumir por cuenta propia la carga de acopiar la información necesaria.

Se dirá y es verdad que a tal efecto podrían haberse conjugado un deber de búsqueda de oficio con un trámite de audiencia del interesado para fiscalizar la información obtenida, llegán-

mismo: acelerar, se me ocurre, la respuesta de la Administración; o, por qué no, desconfiar en la selección por ésta de la información más conveniente a sus intereses (94). Siendo esto así, bueno será promover también el progreso de otras medidas más modestas de simplificación documental como es el caso del certificado electrónico, cuya confección puede desarrollarse, por cierto, en régimen de actividad administrativa automatizada (95); o de la declaración responsable, que, como ya vimos más atrás, estrena regulación general y básica en la LAP.

3. La fusión aparente de las autorizaciones conexas en el marco de la Directiva de servicios: la ventanilla única de servicios

En el contexto de la línea de simplificación que impulsa la DSer hay un factor de complejidad que es objeto de una atención preferente. Se trata de la suma de licencias o autorizaciones que tan a menudo es preciso cursar a la hora de establecerse o ejercer una actividad en el campo de los servicios.

La solución que escoge la DSer para abordar este problema pasa por obrar una integración aparente de todas las autorizaciones que recaigan sobre un mismo servicio gracias a la creación de ventanillas únicas capaces de concentrar todos los contactos del prestador con el aparato público de cada Estado, poniéndole a cubierto, de este modo, de la maraña organizativa y del reparto interno de responsabilidades a nivel nacional. Se pretende, por tanto, crear una suerte de antesala en la que las distintas Administraciones

dose al mismo resultado (VALERO, 2008: 273). Las instancias «prefabricadas» son, insisto, un claro exponente de este planteamiento.

Sin embargo, pretendo significar tan solo que la opción del derecho subjetivo tiene el mérito de realzar la posición del interesado dentro de la trama procedimental y de asegurarle un cierto dominio en el flujo informativo.

(94) Porque bien puede suceder que la información que precise la Administración pueda ser cambiante, que se preste a ser matizada o incluso que todavía no haya sido introducida en el sistema y electrónicamente no conste por tanto. Valgan como ejemplo las discordancias detectadas entre los datos catastrales —que a su vez hay que cotejar con los datos del Registro de la Propiedad— y los manejados por la Agencia Tributaria al elaborar los borradores de las declaraciones de la renta. Siendo esto así, no es descabzado preguntarse lo siguiente: ¿escudriñará la Administración, cual gestor aplicado, en busca de los mejores datos desde el punto de vista del interesado?

(95) Por tanto, mediante un sistema de información programado en el que no es preciso que intervenga una persona física para cada caso singular (véanse como cuadro general los arts. 18 y 39 de la LAE). Acerca de la actuación administrativa automatizada destaca el reciente estudio en profundidad de MARTÍN DELGADO (2009; en especial véanse las pp. 367-371, relacionadas con el ámbito de aplicación de este tipo de actuación administrativa).

Es de señalar, por lo demás, que el certificado electrónico cuenta ya con manifestaciones de gran interés como es el caso de los certificados catastrales, tributarios o de la seguridad social, todos ellos de fácil obtención por medios electrónicos y a distancia.

de cada país involucradas en el control de las actividades de servicios aparezcan con un solo rostro virtual ante el prestador de tal manera que, en vez de tener que «peregrinar» por distintas oficinas, en mayor o menor número según las autorizaciones a pedir, pueda aquél encontrar un punto común de encuentro donde obtener la información precisa y el asesoramiento sobre los requisitos burocráticos para pergeñar su proyecto; y aun desde donde poder cursar luego, vía electrónica, todos los trámites y procedimientos administrativos necesarios a tal fin.

La selección de este instrumento simplificador no es casual, sino que obedece a los buenos resultados que ha cosechado a escala nacional esta herramienta en Europa, ensayada con éxito en muchos Estados —naturalmente, con perfiles singulares en cada caso (96). Además de resultar familiar a los Estados, la ventanilla única reúne una tríada de virtudes que han cautivado al legislador comunitario y que han sido determinantes para que la DSer la eleve a una posición protagonista en su plan simplificador. En primer lugar, ofrece un mecanismo de fusión que soporta diferentes planteamientos en cuanto al alcance de la unificación deseada sin necesidad de forzar ninguna intromisión en la distribución competencial interna de los Estados (A); crea, en segundo término, un útil que resulta inmediatamente visible para los ciudadanos (B); y, cómo no, se presta a adaptarse al signo de estos tiempos, es decir, que puede adoptar una forma electrónica (C) (97).

A. La ventanilla única constituye una fórmula de fusión de procedimientos que en contraste con otras recetas más rígidas cuenta en su favor con una marcada elasticidad. Quiere ello decir que a través de la ventanilla pueden integrarse los procedimientos con una intensidad modelable. De esta suerte, en la DSer se ha situado el punto de partida en un estadio inferior, dando a la ventanilla un perfil de integración meramente aparente (a); pero, al mismo tiempo y de forma muy meditada, se ha dejado la puerta abierta para que los Estados puedan soldar en capas más profundas los procedimientos, atri-

(96) Acerca de la utilización de la ventanilla única como instrumento para fusionar procedimientos conexos tuve ocasión de reflexionar en CIERCO SEIRA (2003: 34-47).

(97) De la regulación de estas ventanillas únicas se ocupan, en lo esencial, los arts. 6 y 7 de la DSer.

El listado y el enlace a las ventanillas únicas de servicios creadas por cada Estado pueden verse en la siguiente página web de la Unión Europea: ec.europa.eu/internal_market/eu-go. Desde allí puede accederse a la sede electrónica de la ventanilla española (www.eugo.es).

Si el lector pasa revista a los distintos portales nacionales no tardará en advertir que, a pesar de la labor de coordinación de la Comisión y de la intensa cooperación de los Estados, existen diferencias, lógicas por lo demás, en la configuración del modelo operativo de cada ventanilla única. Pero además, si se entretiene en explorar su contenido, apreciará también rápidamente las variaciones en cuanto a la profundidad de los servicios que se ofrecen al emprendedor.

buyendo paulatinamente a sus respectivas ventanillas funciones de carácter decisor (*b*).

a) El patrón de ventanilla única que recoge la DSer en su articulado retrata un centro donde se unifican los distintos trámites y procedimientos relativos a un servicio. Pero, eso sí, la unificación lo es sólo de puertas afuera, es decir, de cara al prestador que se dirige a la Administración. No afecta, sin embargo, a la división y al reparto internos de competencias de orden decisorio entre los distintos órganos y Administraciones de cada Estado. Es ésta una cuestión que se deja al margen y, además, se insiste en ello, como tratando de sortear cualquier recelo por inmiscuirse en la organización doméstica de los países miembros: «la creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional» (art. 6.2 de la DSer) (98).

Siendo esto así, registrada la iniciativa en la ventanilla única, ésta se fragmentará en tantas partes o solicitudes como licencias o trámites a sustanciar, siguiendo cada una la tramitación autónoma y separada que corresponda ante la Administración y el órgano competentes. La ventanilla, por su parte, servirá de contacto entre todas estas instancias y el prestador, pero restará, según el diseño comunitario, desprovista de la competencia para estimar o desestimar lo pedido.

b) Sabedor de que la ventanilla única admite un recorrido mucho mayor que el recién descrito, el legislador comunitario deja las puertas abiertas a la posibilidad de que los Estados incrementen las responsabilidades de sus respectivas ventanillas, dotándolas de funciones de orden decisorio en sustitución de las autoridades competentes. La forma de efectuar este salto no aparece descrita, pero es llano que la integración se refuerza en proporción directa al poder con que se invista a la ventanilla de turno (99). En todo caso, ha de quedar claro que la ventanilla constituye un recipiente moldeable, capaz de albergar diferentes compromisos, más o menos intensos, con la fusión de procedimientos. Que se avance o no en esta línea queda a discreción de cada Estado.

B. En la compleja reforma administrativa que impulsa la DSer, la ventilla única constituye una pieza estratégica y lo es así, entre otras razones, por su visibilidad. No siempre las medidas de simplificación —incluidas las de Administración electrónica— logran tener un impacto visible para el ciudadano. La

(98) Insiste en ello de manera especial el legislador comunitario. Lo significa en el preámbulo (§§ 48 y 60) y, como hemos visto, lo expresa con tersura en el articulado.

(99) Muy gráficas resultan en este sentido las indicaciones que al respecto se realizan en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* (2007: 20).

puesta en marcha de la ventanilla, sin embargo, permite hacer reconocible los esfuerzos simplificadores en una obra, con todo lo que ello representa en términos de confianza para con un empeño, el de hacer más sencillas las relaciones administrativas, que con razón no goza de buena prensa entre el público. Estamos en este sentido ante un instrumento simplificador que conduce a un resultado tangible y no es éste un plus accesorio para el legislador comunitario, sino todo lo contrario.

C. Finalmente, la ventanilla única puede adaptarse perfectamente al escenario de Internet —otra cosa es la dificultad que ello entraña. Es de notar que en la DSer no se impone expresamente a los Estados la obligación de que la ventanilla única de servicios adquiera un formato electrónico. Se infiere, ciertamente, que ésta es la opción preferente a la hora de dar cuerpo a este instrumento, aunque, eso sí, sin abandonar por completo la posibilidad de articular como vía complementaria una cadena de oficinas o puntos de contacto físicos (100). Un planteamiento que, por otra parte, denota la voluntad de extender a todos los prestadores —también, pues, a los no familiarizados con la telemática— los beneficios de esta herramienta de simplificación que es la ventanilla única de servicios.

En cualquier caso, el formato electrónico no sólo constituye la opción preferida por el legislador comunitario, sino que, en realidad, constituye su destino natural. Hay demasiados factores que empujan en esta dirección, comenzando por la militancia tan clara a favor de la e-Administración que inspira todo el conjunto de la DSer y acabando en la vocación transfronteriza de la ventanilla, destinada a facilitar la interacción con los prestadores extranjeros que, lógicamente, agradecen el uso de medios telemáticos.

Expuestas las bondades de la ventanilla única como receta para hacer frente a la suma de trámites y autorizaciones en el ramo de los servicios, importa significar que su puesta en marcha reviste una sensible dificultad. Y no tanto por la entidad de las funciones que ha de desempeñar —que también—, sino, sobre todo, por su naturaleza reticular, esto es, su articulación como centro neurálgico de una red que conecta a un mosaico de puntos —tantos, de hecho, como Administraciones representadas.

No hay que olvidar que la construcción de la ventanilla única que nos ocupa no concierne únicamente a una sola Administración, sino que, por definición, involucra a todos los organismos e instituciones que ejercen algún tipo

(100) Algo que por cierto parece recomendarse en el *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios* cuando se indica que «en todo caso, los Estados miembros deben considerar la posibilidad de apoyar el funcionamiento electrónico de estas ventanillas con una cierta infraestructura física, sobre todo si ésta facilita su utilización por los prestadores de servicios no necesariamente familiarizados con los medios electrónicos» (2007: 21).

de control administrativo —en forma de autorización, registro...— sobre las actividades de servicios que son objeto de la Directiva. De manera que si de verdad se aspira a hacer de la ventanilla un lugar único de enlace en grado de cumplir todas las funciones encomendadas por el legislador comunitario, es claro que la implicación de todas las Administraciones con parte en el negocio pasa a ser una auténtica condición *sine qua non*. Basta con que alguna de esas Administraciones se desentienda o simplemente deje de transmitir la información relativa a los cambios habidos en su respectiva organización y normativa para que todo el edificio se resienta. Pero si la simple desatención puntual va más lejos y se convierte en una conducta persistente, incorregible y extendida entre ciertas Administraciones, se corre el riesgo entonces de que la ventanilla se erija en un testimonio más de la rancia y farragosa burocracia y no en un símbolo de la simplificación administrativa de hoy.

Al tanto de esta circunstancia, el legislador español se ha cuidado de resaltar en la transposición de la DSer que las exigencias nacidas de Europa no sólo reclaman la reacción de la Administración estatal, sino que involucran a todas las Administraciones que ejercen funciones de policía administrativa en el ramo de los servicios. Para dejar este extremo bien sentado, no ha dudado en efectuar un llamamiento normativo rotundo, reclamando *expressis verbis* la movilización de aquellas Administraciones que, en línea de principio y por razones diversas, podrían encontrar mayores frenos para su concurso eficaz: por un lado, los entes locales, cuyo grado de capacitación medido en términos de Administración electrónica es harto heterogéneo y, salvando algunas pocas ciudades, muy discreto (101) ; y, por otro, los Colegios Profesionales, cuya inmersión en el paradigma «oficial» de la Administración electrónica tampoco ha figurado entre los objetivos prioritarios de su agenda reciente —dicho sea, claro es, en general— (102). Pero es que además, por si tal reclamo no surte

(101) El aldabonazo en las puertas locales se ha realizado añadiendo un apartado específico en el art. 70 *bis* de LBRL —la adición es obra de la Ley ómnibus, art. 1.1. En él se reclama con un tono enérgico el compromiso de los entes locales para con el correcto funcionamiento de la ventanilla única virtual de servicios: «las Entidades locales garantizarán, dentro del ámbito de sus competencias, que los prestadores de servicios puedan a través de la ventanilla única obtener la información y formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio, y conocer las resoluciones y resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación con sus solicitudes». Así pues, deben proporcionar a través de la ventanilla la información pertinente sobre las licencias de su competencia y, a la par, deben poner a disposición de los prestadores los formularios electrónicos que permitan su tramitación a distancia y el seguimiento, también a distancia, de las vicisitudes del procedimiento.

(102) El llamamiento es también aquí contundente. Nada menos que un precepto específico, ubicado en el corazón mismo del régimen de funcionamiento de los Colegios Profesionales, se le dedica a esta cuestión. En él, el nuevo art. 10 de la LCP (*Ventanilla única*) —introducido por el art. 5 de la Ley ómnibus—, se consignan los deberes específicos de las organizaciones colegiales en relación con la ventanilla única virtual de servicios.

efecto y la dejadez o falta de aplicación de estas Administraciones «advertidas» desemboca en la imposición a España de una sanción por incumplimiento del Derecho comunitario, el legislador estatal ha dispuesto nada menos que un procedimiento de arreglo interno de culpas y de reparto consecuente de responsabilidades cuyo desenlace puede llevar a justificar una compensación de deudas con la Administración estatal materializada mediante una deducción sobre las transferencias (103).

Teniendo presente lo anterior, no puede por menos que sorprender que, en lugar de adoptar un lenguaje prudente y de dar una proyección realista a esta ventanilla única de servicios, se haya acudido, digamos que para remarcar su articulación, a la categoría del derecho subjetivo como pretendiendo resaltar el avance simplificador, pero sin tener en cuenta que la proclamación de un derecho al aire no colma por taumaturgia el listón comunitario. Se ha confeccionado así un nuevo derecho que luce hoy en el art. 6.3 de la LAE con el siguiente tenor: «en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia» (104). ¿Se compadece este derecho con la situación real de las más de las Administraciones? ¿De veras se está en grado de brindar a los prestadores de servicios una tramitación electrónica completa de todas las licencias y gestiones burocráticas que les atañen (105)?

Sea como fuere, la feliz consecución de una ventanilla única de servicios con una virtualidad tan ambiciosa exigirá todavía un trabajo arduo y no hay que olvidar, por otra parte, que el problema de la descoordinación de procedimientos conexos no sólo afecta al ámbito de los servicios y que la

(103) Acúdase a la disposición final cuarta (*Compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento*) de la LSer.

(104) Tal es la nueva redacción del art. 6.3 de la LAE según la modificación operada por el art. 3 de la Ley ómnibus. En mi opinión, la consagración de este derecho acusa el tono grandilocuente pero falto de realismo que emerge en algunos apartados de nuestra legislación de Administración electrónica. Además, no me resisto a llamar la atención sobre la ubicación sistemática del mismo, en el art. 6 de la LAE, en lo que parece ser un lapsus si tenemos en cuenta el cumplimiento a la carta que para las Administraciones autonómicas y locales respalda la disposición final tercera en lo que hace a la aplicación de este concreto precepto.

(105) Si el lector dedica un poco de tiempo a explorar la funcionalidad de la ventanilla única de servicios española verá que el ideal normativo de la tramitación electrónica en bloque —todos los trámites de todas las autorizaciones— no ha cuajado todavía. El prestador de servicios no tiene hoy a su disposición la posibilidad real de evacuar a distancia todos los trámites que supeditan el establecimiento o el ejercicio de las distintas actividades de servicios. Algunos trámites, es cierto, se han integrado en la ventanilla —como los relacionados con la constitución de sociedades limitadas—. Pero para el grueso de la intervención administrativa sobre los servicios la ventanilla hace las veces más bien de distribuidor; de puente, si se prefiere. El problema está en que no es claro que al otro lado se pueda llegar electrónicamente en la inteligencia de la Directiva de Servicios.

ventanilla única es una de las posibles medidas para combatirlo. Por estas razones, al igual que concluía en el epígrafe anterior, parece del todo oportuno perseverar y avanzar, también, en la utilización de soluciones que aborden la cuestión desde ópticas diferentes —que, en la mayoría de los casos, serán perfectamente complementarias. El acento ha de ponerse, sobre todo, en las técnicas que hagan posible la «participación de la información», es decir, que permitan compartir y sacar provecho a un mismo trámite: ya sea evitando que el interesado esté llamado a presentar la misma información dos o más veces —de nuevo la importancia del derecho a no presentar lo que la Administración *lato sensu* ya tiene—; evacuando de forma conjunta trámites de instrucción como el de información pública; o permitiendo incorporar elementos de juicio obtenidos en otro procedimiento conexo —al estilo de lo que la LJCA prevé para el caso de las pruebas periciales (106).

4. El tratamiento superficial de la complejidad provocada por algunos «baches» de la tramitación común del procedimiento administrativo

El fuerte empeño puesto en los dos objetivos anteriores contrasta con la escasa atención prestada a la revisión de los puntos críticos que entorpecen la tramitación del procedimiento administrativo recurrentemente y a su posible mejora de la mano de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Tomando como punto de partida lo previsto al respecto en la DSer, es cierto que el legislador comunitario al imponer la transformación electrónica de todos los trámites y procedimientos relacionados con las actividades de servicios esboza cuáles han de ser las cualidades de estos procedimientos a fin de no disuadir a prestadores interesados en expandir sus actividades: claridad, certeza —o carácter predecible en el sentido de un itinerario definido y apartado de las veleidades del instructor— y rapidez (107). Ahora bien, como es lógico por otra parte en una norma de esta especie, la DSer no profundiza en los cambios concretos o en los ajustes precisos para alcanzar esta tríada ideal, sino que cede el testigo a la autonomía que en materia procedimental se reconoce a los Estados en la transposición de las Directivas comunitarias.

De esperar sería, así pues, un desarrollo a tono en la legislación interna de cada país. Ocurre, no obstante, que, por lo que a España se refiere, la

(106) Con arreglo al art. 61.5 de la LJCA, «el Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos».

(107) Cualidades que se deducen de lo previsto en el art. 13 de la DSer.

normativa encargada de incorporar a nuestro Derecho interno la DSer apenas sí alude a esas tres cualidades de claridad, certeza y rapidez. Se tiene la impresión más bien de que la LSer simplemente confía en las bondades inherentes a la transformación electrónica como instrumento de mejora en la tramitación de los expedientes administrativos. Digamos que esa claridad, certeza y rapidez se conciben como atributos naturales que porta consigo el paso al formato electrónico; que se generan espontáneamente en este nuevo ambiente; y que, en consecuencia, no requieren de un tratamiento específico en la LSer.

El problema está en que es éste un apriorismo que a su vez se encuentra muy extendido también en la propia legislación de Administración electrónica. Incidir en la menor complejidad de la trama procedimental a través de cambios en la estructura y en la secuencia encadenada de actos que vertebra todo procedimiento no es opción que en la LAE tenga un recorrido sustantivo. Y no porque no constituya uno de los objetivos a que ha de tender la simplificación administrativa, sino, lisa y llanamente, porque se ve en lo electrónico una forja que por fuerza ha de transmutar en la línea de la claridad, de la certeza y de la rapidez al procedimiento sometido a su oficio.

No se ha dado, pues, en el marco de la Administración electrónica una revisión en profundidad de la posible instrumentación de los nuevos canales electrónicos a fin de mejorar el ciclo convencional de la tramitación de los expedientes administrativos. Sólo cabe dar cuenta de algunas previsiones aisladas que, aun fuera de una estrategia mayor, vale la pena significar por cuanto atañen a tres de los puntos críticos que se identificaron más arriba como escollos habituales: la evacuación de trámites a cargo del interesado (a); las comunicaciones entre órganos y Administraciones (b) y las notificaciones (c) (108).

a) En lo que concierne a los trámites que corresponde evacuar a los interesados, hay en la LAE normas orientadas a simplificar la presentación y el cumplimentar de la solicitud, con el efecto rebote de acelerar la recepción por parte del órgano competente, así como de sortear el uso del trámite de subsanación que tantos atascos genera (109). Junto con estas instancias ya rellenas, en todo o en parte, por la Administración, cabe también reconducir

(108) De los informes, que es otro de los escollos mencionados *supra*, la LAE se limita a contemplar la posible aplicación de los medios electrónicos a los efectos de su emisión y recepción (art. 36.2). Sin perjuicio de la mejora que tal previsión pueda comportar en la práctica cotidiana —cualquier avance en la aceleración de la evacuación de informes ha de ser bien recibido—, no parece preciso realizar un comentario detenido sobre su contenido.

(109) A propósito de las solicitudes telemáticas, la LAE establece que la Administración podrá incorporar comprobaciones automáticas de la información que incorpore el interesado en la instancia, contrastando dicha información con los datos de que disponga la Administración (art. 35.3). Yendo más allá, se prevé incluso el ofrecimiento al interesado de un formulario ya relleno

a este grupo de medidas la posibilidad que se reconoce al interesado de aportar copias digitalizadas de sus documentos sin más que garantizar su fidelidad con el original mediante una firma electrónica avanzada (110).

b) De interés resulta, por otra parte, el tratamiento de las comunicaciones entre órganos y Administraciones. A este respecto, es preciso partir de la base de que, además de la relación con el ciudadano, el despliegue de la Administración electrónica pretende incidir también en las relaciones domésticas entre órganos e unidades, así como en las relaciones interadministrativas (111). Y desde esta óptica hallamos en la LAE el propósito de convertir a los canales electrónicos en la manera corriente de encauzar las distintas gestiones que tienen lugar entre órganos y entes. A tal efecto, se establece la preferencia de la vía electrónica a la hora de intercambiar información y de comunicarse entre sí las Administraciones Públicas (112); y, al mismo tiempo, se sientan las bases para la creación de una red de comunicación al servicio de todas las Administraciones españolas (113). Más allá del propósito, sin embargo, los compromisos que se fijan al respecto en la LAE son escuetos y frágiles. De ahí que tanto en el ámbito estatal como en el autonómico se haya tenido

que simplemente deberá verificar y confirmar, de estar conforme, o, en otro caso, proceder a su modificación (art. 35.3 *in fine*).

Bien está, naturalmente, que a través de medidas de esta clase trate de evitarse la necesidad de acudir a la subsanación anticipando la ayuda al interesado. Pero cosa bien distinta es que al amparo de las mismas se instalen prácticas que de facto lleven a liquidar el trámite de subsanación, de suyo imperativo según la LAP. Pienso, para ser más precisos, en el sutil subterfugio de impedir que la instancia electrónica se tramite en tanto no se completen todos los campos. Práctica habitual en muchas Administraciones cuya ilegalidad ya ha sido denunciada por autores como PALOMAR OLMEDA (2008: 422-425). Cumpla señalar al respecto simplemente que la aplicación de las herramientas electrónicas, según establece el art. 4.d) de la LAE, debe respetar el «mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas establecidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

(110) Posibilidad que recoge el art. 35.2 de la LAE y que resulta crucial para el cabal funcionamiento de los registros electrónicos. En todo caso, es de señalar que esta singular capacidad reconocida a los interesados para producir copias electrónicas con sus propios medios y avaladas por su propia firma no anula, claro está, la posibilidad de que la Administración efectúe verificaciones y, llegado el caso, excepcionalmente, requiera al particular la exhibición del documento original.

(111) Adviértase en este sentido que el ámbito de aplicación de la LAE incluye a «las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas» (art. 2.1.c).

(112) Según prevé el art. 27.7 de la LAE: «[l]as Administraciones Públicas utilizarán preferentemente medios electrónicos en sus comunicaciones con otras Administraciones Públicas. Las condiciones que regirán estas comunicaciones se determinarán entre las Administraciones Públicas participantes».

(113) Se trata de la ya mencionada red SARA, cuyo anclaje legal ha de buscarse en el art. 43 de la LAE. Sobre su contribución capital a los fines de la interoperabilidad, véase GAMERO CASADO (2009: 320-322).

a bien profundizar en esta línea mediante la imposición de la utilización de los medios electrónicos como canal de comunicación no ya preferente sino obligatorio en el seno doméstico de la Administración (114); y, por lo que hace a las relaciones interadministrativas, la profundización ha venido de la mano de la creación de plataformas desde las que los órganos y organismos públicos pueden comunicarse en un entorno ágil y seguro (115).

c) El tratamiento de la notificación electrónica en la LAE esconde, por último, una valiosa carta de simplificación desde el momento en que diseña un engranaje con la capacidad de eliminar de raíz la eventualidad de que el intento de notificación se frustre, con todas las derivaciones «incómodas» que vienen detrás en términos de gestión. Salvo que se produzca algún tipo de fallo técnico —lo que se antoja raro—, la recepción de la notificación en el domicilio electrónico del interesado no entiende de confusiones como tampoco de ausencias; y la inacción del interesado a la hora de acceder al contenido de la notificación se transforma, en virtud de una *fictio iuris*, en un rechazo que, como tal, permite proseguir la tramitación sin falta (116).

5. Lo que se echa en falta: un compromiso firme por el acortamiento de los plazos y por la gratuidad de las actuaciones

La descompensación que acusa el actual movimiento simplificador se deja sentir especialmente en la desatención de dos importantes factores de complejidad como son el tiempo (A) y el precio (B) del procedimiento administrativo.

A. De una parte, está el problema de la duración temporal de los procedimientos administrativos. Si la aplicación de los avances electrónicos va a simplificar la gestión de los expedientes, no se ve razón para que esta facilitación no se traslade y tenga una repercusión clara en el acortamiento de los plazos de resolución y notificación (117). No casa bien con los signos de la emergente Administración electrónica —en rigor, de una Administración moderna— el mantenimiento de plazos tan dilatados, hasta de años a veces, como los que todavía pueden encontrarse en nuestro catálogo procedimen-

(114) Lo ha hecho la Administración General del Estado (art. 34 del RPLAE); y también algunas Administraciones autonómicas como es el caso de Galicia (art. 6 del Decreto 255/2008).

(115) Sirva de ejemplo la «red de comunicaciones electrónicas de las Administraciones Públicas catalanas» (art. 23 de la LUMEC).

(116) Conjúguense los arts. 28.4 de la LAE y 59.4 de la LAP.

(117) Coincido plenamente con AGUADO I CUDOLÀ cuando concluye que «la irreversible incorporación de las tecnologías de la comunicación e información a los procedimientos administrativos y a las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas debe suponer una reconsideración del factor tiempo en la actuación administrativa» (2006: 231).

tal, justificados otrora por un entorno e instrumental de trabajo que hoy, sin embargo, se ven abocados a una paulatina extinción.

Un rastro de esta preocupación parece asomar tímidamente en la LAE. No en vano, cuando se define el principio de simplificación administrativa se está pensando especialmente en que «se reduzcan de manera sustancial los tiempos y plazos de los procedimientos administrativos» (art. 4.ª). Lo mismo que al describir el contenido del análisis de rediseño funcional se alude de manera expresa a la necesidad de contemplar «la reducción de los plazos y tiempos de respuesta» (art. 34.c).

Ambas previsiones revelan la existencia de una inquietud latente por acortar la duración actual de los procedimientos, pero, fuera de estas declaraciones, no hallamos después indicaciones y resultados más concretos. Ciertamente, en el estado incipiente en que se encuentra la implantación de la Administración electrónica tal vez se juzgase osado fijar un plazo general de resolución y notificación aplicable específicamente a los expedientes tramitados en su integridad, o en su mayor parte, en formato electrónico. A la dificultad de dar con un término ideal, se suma el escaso bagaje acumulado hasta el momento. De todas formas, bien cabía la posibilidad de plasmar alguna directriz más precisa que revelase un compromiso más firme y una concepción distinta del tiempo en los procedimientos administrativos electrónicos (118).

Similar es el acervo que ofrece la DSer. También en ella se pone sobre la mesa la necesidad de hacer frente al problema del tiempo con el objetivo de que los procedimientos relacionados con el mundo de los servicios puedan ventilarse lo antes posible. Pero todo queda en última instancia en un vago mandato a fin de que el plazo de respuesta de los procedimientos de autorización sea «razonable» (119). Una cualidad que, presa de su propia ambigüedad, no ha penetrado en la LSer, donde ni tan siquiera se hace mención a este extremo entre los atributos que han de reunir los procedimientos de autorización (120). Añadamos que, para el caso de que ese plazo razonable no se respete, el legislador comunitario ve con buenos ojos nada menos que la aplicación del

(118) Una pequeña vuelta de tuerca pretende favorecer en Cataluña la LUMEC. Sin llegar a un mandato contundente y a la fijación de un plazo de resolución *ex professo* para el entorno electrónico, sí se prevé al menos que las Administraciones tienen el deber de impulsar la reducción de los plazos cuando utilicen medios electrónicos —art. 18.b) de la LUMEC.

(119) Según prevé el art. 13.3 de la DSer, «[l]os procedimientos y trámites de autorización deberán ser adecuados para garantizar a los interesados que se dé curso a su solicitud lo antes posible y, en cualquier caso, dentro de un plazo de respuesta razonable, fijado y hecho público con antelación».

(120) De ellos dice el art. 6 de la LSer que deberán tener «carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación», pero ni rastro de la alusión al plazo de respuesta razonable.

instrumento del silencio positivo contemplado así como medida de simplificación a favor de los intereses del prestador (121).

Se conoce, en definitiva, que los estiletes normativos no están lo suficientemente afilados como para promover un cambio significativo en la ecuación entre el tiempo y los medios electrónicos (122).

B. De otra parte, se echa de menos un planteamiento que aborde la cuestión del coste económico de los procedimientos. Asunto del que sólo el legislador comunitario parece tener una mínima constancia (123). Así, aun sin un desarrollo acabado, la D*Ser* sí acierta a situar el precio del procedimiento administrativo entre los elementos en grado de disuadir a los prestadores de servicios. Y, en esta línea, reclama que los gastos ocasionados a los solicitantes sean «razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos de autorización» (124).

Semejante inciso bien podría interpretarse como una llamada de atención a la inflación recaudatoria de las tasas, tan recurrente en muchos países, que han llevado a desfigurar el perfil de este tributo, alejando su montante del coste del servicio prestado efectivamente por la Administración. Además, la advertencia

(121) Véase el art. 13.4 de la D*Ser* y el considerando § 63. Como ya indiqué más arriba, cuesta entender que una figura como el silencio administrativo, por más que sea de signo positivo, que no deja de ser un remedio imperfecto a una situación patológica, goce de tan buen predicamento y se conciba como una herramienta de simplificación en un contexto, el de la Administración electrónica, en el que debería quedar proscrita la falta de resolución en plazo. De nuevo me arrimo al parecer de AGUADO I CUDOLÀ (2001: 352 y sigs., y 2006: 228-231).

(122) La reciente aprobación de la reforma de la Ley de Tráfico (Ley 18/2009, de 23 de noviembre) nos proporciona un ejemplo bien elocuente. A pesar de todas las novedades electrónicas que se introducen en la tramitación de los procedimientos sancionadores de este ramo —singularmente, la utilización de la notificación electrónica (a practicar en la «dirección electrónica vial», regulada en el art.59 *bis* del Real Decreto-Legislativo 339/1990, de 2 de marzo) y de la publicación electrónica (a través del «tablón edictal de sanciones de tráfico», previsto en el art. 78 *ibidem*)— no ha retrocedido un ápice el tiempo de que dispone la Administración para completar el itinerario: un año (art. 92.3 *ibidem*). ¿Es que acaso tales novedades no suponen ninguna ventaja capaz de traducirse en un ahorro de tiempo? Ciertamente, me resulta difícil entender este planteamiento después de leer el duro alegato contra el tiempo del procedimiento —y contra el procedimiento en sí— que aparece en el preámbulo de la Ley 18/2009.

(123) Una toma de conciencia que no es, por otra parte, anecdótica, sino que enlaza con otros registros cuya suma denota una especial sensibilidad del legislador comunitario hacia los efectos disuasorios que para el acceso a la Administración representan los gastos exigidos al particular por los trámites burocráticos.

Uno de esos registros puede encontrarse, por ejemplo, en el ámbito del acceso a la información ambiental, donde la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental, entra a regular las condiciones que ha de reunir la contraprestación económica que le es dado a la Administración exigir por el suministro de información medioambiental. Véase el art. 5 (*Contraprestación económica*).

(124) Lo exige el art. 13.2 de la D*Ser*.

podría servir para ampliar la reflexión al conjunto de los gastos que, ora de forma directa (fianzas, anuncios, etc.), ora indirecta (proyectos, pruebas...), ha de costear el interesado en la tramitación del procedimiento de turno.

Pero el caso es que este llamamiento apenas ha tenido eco en nuestro Derecho interno, donde no se detecta una singular preocupación al respecto. Es cierto que la Ley ómnibus ha venido a incidir en el precio de los trámites administrativos desarrollados en el seno de los Colegios Profesionales, exigiendo, aquí sí, que las cuotas de colegiación o de inscripción no superen en ningún caso los costes asociados a su tramitación (125); y que los visados, cuando sean preceptivos, tengan un precio razonable (126). Sin embargo, fuera de este particular escenario, ninguna revisión crítica ha tenido lugar. De hecho, la LSer en ningún pasaje alude al problema, validando implícitamente la situación del coste en los procedimientos autorizatorios vinculados a las actividades de servicios.

Si volvemos la vista a la senda que lidera la LAE, la situación es parecida. Falta una toma de posición general en pro de la gratuidad o, cuando menos, menor onerosidad de la tramitación electrónica. A lo más y en todo caso extramuros de la LAE, cabe dar noticia de algunas medidas puntuales por las que se fijan deducciones de las tasas allí donde el particular opte por la vía electrónica en lugar de la convencional a la hora de presentar su instancia o de evacuar el trámite (127). No reflejan, de todas formas, ninguna puesta a punto de las bases de las tasas en consonancia con los parámetros nacidos de la Administración electrónica, sino que evidencian tan sólo la voluntad de estimular el uso de los canales electrónicos mediante rebajas fiscales. Cambian las tornas, eso sí, cuando de facilitar el pago se trata. Aquí sí la LAE presta una singular atención, estableciendo el derecho de los ciudadanos a «efectuar pagos» utilizando medios electrónicos (128).

(125) Vid. el nuevo art. 3.2 de la LCP.

(126) Vid. el nuevo art. 13.4 de la LCP.

(127) Valga como ejemplo la bonificación del 10 por ciento de la cuota de la tasa prevista en el art. 1.2-7 de la Ley de Tasas y Precios Públicos de Cataluña (Decreto Legislativo 3/2008, de 25 de junio) para el caso de que la solicitud del servicio o de la actividad se curse por medios electrónicos.

En esta misma línea, con vistas a incentivar el uso del canal electrónico por los ciudadanos, la LUMEC exige a las Administraciones catalanas que valoren el impacto económico que la utilización de los medios electrónicos ha de traer consigo en la tramitación de los procedimientos administrativos y que promuevan en consecuencia la reducción de las respectivas tasas (art. 18.a).

(128) Ex art. 6.1. El pago electrónico de las tasas constituye ciertamente un avance de interés en pos de la simplificación administrativa. Sin embargo, la complejidad asociada al precio del procedimiento no se reduce, claro está, a esta cuestión, sino que tiene, como se ha indicado, un recorrido mucho mayor en el que salen al paso los distintos factores, directos e indirectos, que cifran el coste económico que un interesado ha de sufragar para tramitar un procedimiento.

V. FINAL

Después de pasar revista a los peligros que acechan en este reverdecimiento del movimiento simplificador, no quisiera finalizar sin una reflexión final.

Comenzaba este trabajo destacando el espléndido momento que atraviesa el principio de simplificación en nuestros días y la existencia de unos amarres normativos muy sólidos que dan vigor y proyección de futuro al reto, siempre latente pero sumamente esquivo, de reducir y hacer más fácil la tramitación de los procedimientos administrativos.

Pues bien, no hay que desaprovechar este impulso y permitir que se repita el canto de sirena que rodea a la simplificación administrativa. Y no sólo por motivos de oportunidad. El espaldarazo normativo que se ha forjado para reverdecer esta empresa ha alcanzado esta vez el respaldo regio de la ley, venida tanto de dentro como de fuera. Y, por tanto, habrá que tener presente que, más allá de toda expectativa que se pueda defraudar, está en liza la propia fuerza de su imperio. Así, aunque algunas previsiones, como aquí se ha significado, proyecten medidas de simplificación basadas en un estadio de desarrollo de la Administración electrónica aún por ver —y es probable que no en el horizonte próximo—, no queda más remedio que asumir resueltamente la necesidad de arbitrar los medios necesarios para dar cumplimiento cabal a lo que son, sin ambages, mandatos legales. Esta conclusión se refuerza todavía más si cabe cuando el avance simplificador ha tomado en la ley la forma de derecho subjetivo del ciudadano. Lo vimos con ocasión del nuevo derecho a no aportar datos y documentos en poder de las Administraciones y el mismo camino se ha seguido para cristalizar el derecho de los prestadores de servicios a servirse de la ventanilla única de servicios para realizar por vía electrónica y a distancia todos los trámites y procedimientos. La proclamación de derechos constituye una manera muy lúcida de levantar el edificio de la Administración electrónica, desde luego, pero no puede ahora rebajarse la solemnidad y degradar so pretexto técnico o económico la virtualidad inmanente a un derecho subjetivo.

En definitiva, la ley ha elevado el rango del principio de simplificación pero, al mismo tiempo, ha desmontado el parapeto de lo programático que otras veces sirvió para justificar sin consecuencias el desfallecimiento en la lucha contra la complejidad o la consecución de magros resultados.

Esto sentado, mi intención en las páginas precedentes ha sido la de advertir que el formato electrónico no es la panacea universal para curar todas las enfermedades que, en forma de complejidad, arrastra nuestro procedimiento administrativo. No comparto, pues, una huida desbocada hacia lo electrónico como método simplificador que haya de prosperar a toda costa, a todo trance

y por doquier. Consciente y persuadido de sus fenomenales virtudes, considero que también hay que parar mientes en sus limitaciones a fin de hacer los ajustes pertinentes y de no orillar otras fórmulas de simplificación que hasta el momento han permanecido en un cierto estado de languidez y que bien pueden beneficiarse de este proceso para salir del letargo y contribuir, junto con el torrente de la Administración electrónica, a combatir los factores de complejidad, todos ellos, del procedimiento administrativo.

En última instancia, además de espíritu crítico y amplitud de miras, cabría exigir al movimiento simplificador actual una cualidad postrera: simplificar pensando no sólo en la agilización del procedimiento administrativo, sino también en las demás misiones que le dan sentido, señaladamente, la defensa de los interesados. Porque a menudo se ve en el garantismo un muro que se alza y sólo frena los trabajos de simplificación, cuando no un estorbo acreedor de trámites huecos (129), siendo que, en realidad, la defensa en el procedimiento administrativo agradecería en algunos escenarios un baño simplificador para dinamizar un debate dialéctico desfallecido. Simplificar, pues, no sólo para hacer más cómodo el procedimiento administrativo, que también, sino para ennoblecerlo. Y es que sigue siendo válida esa sabia afirmación que en su día realizara LÓPEZ RODÓ en defensa del entonces proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo: «cuanto más se simplifica una forma, más se ennoblece» (130).

(129) Lamentablemente, tal es la concepción que trasluce la reciente reforma del procedimiento sancionador en materia de tráfico. Me asombra que sin remilgos se le acuse de ser el origen de los actuales fallos del sistema (§ 1 del preámbulo de la Ley 18/2009) y que al cabo haya triunfado una estrategia basada en tres ideas. En primer lugar, la huída del procedimiento administrativo común —hecha efectiva a través de la nueva disposición adicional octava *bis* de la LAP. Una huída cuya inteligencia no comprendo y cuyos efectos están destinados a caer en saco roto si se tiene presente que el grueso garantista de la LAP no hace otra que cosa que ir fortaleciéndose con la savia renovada que porta consigo el emergente derecho a una buena administración contemplado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que también recogen muchos Estatutos de Autonomía de la nueva hornada; sin olvidar, claro es, que el ejercicio de la potestad sancionadora no puede desmembrarse de las pautas constitucionales que dimanar del art. 24 de la CE. En segundo lugar, la estrategia reposa en el «mercadeo procedimental», consistente en liberar a la Administración de la tramitación del expediente sancionador, incluida la vía administrativa de recurso, a cambio de una rebaja sensible de la sanción, acompañada de ciertos beneficios adicionales —véase el art. 80 (*Procedimiento sancionador abreviado*) del Real Decreto-Legislativo 339/1990, de 2 de marzo). Y, en tercer término, sólo quedaba, como colofón, minimizar todo el procedimiento en un solo acto, el de denuncia, capaz de transmutarse y convertirse, sin más que el denunciado no formule alegaciones ni abone el importe de la multa en el plazo de quince días, nada menos que en auténtica resolución final (art. 81.5 *ibídem*). Todo el procedimiento reducido a un trámite y todo el expediente contenido en un único documento. ¿Es esta apuesta por la mínima expresión capaz de preservar el significado institucional del procedimiento administrativo?

(130) Véase LÓPEZ RODÓ (1958: 19).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, *Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- «El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual», en el volumen colectivo *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BARNES, Javier (ed. y coord.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008.
- BERNADÍ GIL, Xavier, «La cooperación interadministrativa y la interoperabilidad», en *Informe sobre la administración electrónica local*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2008.
- BLASCO DÍAZ, José Luis, «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, v. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, «Cooperación entre Administraciones Públicas para el impulso de la Administración Electrónica», en la obra colectiva *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CIERCO SEIRA, César, «La reducción de la carga de presentación de documentos ante la Administración Pública. (Reflexiones a propósito de la experiencia italiana)», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 48, 2002.
- «La tramitación integrada de los procedimientos administrativos conexos», en *RVAP*, núm. 65, 2003.
 - «Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2009.
 - «De la gratuidad del procedimiento administrativo», en *RArAP*, núm. 35, 2009.
 - «Administración electrónica y Directiva de Servicios», en *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2010.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús, *Lenguaje administrativo y Derecho: el lenguaje como aspecto de la actividad administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

- COTINO HUESO, Lorenzo, «Derechos del ciudadano», en la obra colectiva *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CRIADO, J. Ignacio, *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas. Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las administraciones públicas. Un análisis de la configuración de la Administración Electrónica en la Unión Europea y España (1995-2005)*, INAP, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003.
- FORTES MARTÍN, Antonio, «La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre», en la obra colectiva *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- GAMERO CASADO, Eduardo, «El procedimiento administrativo electrónico en las entidades locales, con especial referencia al uso de la firma electrónica», en *Informe sobre la administración electrónica local*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2008.
- «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», en *RAP*, núm. 179, 2009.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, «Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano, «Directrices de la Ley de Procedimiento administrativo», en *Documentación Administrativa*, núms. 8-9, 1958.
- MARTÍN DELGADO, Isaac, «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», en *RAP*, núm. 180, 2009.
- «Los derechos de los ciudadanos ante la Administración electrónica», en la obra colectiva *La protección de datos en la Administración electrónica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, *Administración pública electrónica*, Civitas, Cizur Menor, 2009.
- MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, Sebastián, *El reto de una Administración racionalizada*, Civitas, Madrid, 1983.
- MIRA ROS, Corazón, *El expediente judicial electrónico*, Dykinson, Madrid, 2010.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «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, 2010.
- NÚÑEZ GÓMEZ, Teresa D., *Abuso en la exigencia documental y garantías formales de los administrados*, Atelier, Barcelona, 2005.
- OLIVER CUELLO, Rafael, «La regulación de la administración electrónica tributaria», en el vol. col. *Administración Electrónica Tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Gestión electrónica de los procedimientos», en la obra colectiva *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.
- «La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas: ¿legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado «autoritativo»?», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009.
- PONCE SOLÉ, Juli, «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», en *RAP*, núm. 180, 2009.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús, y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de contratos del Sector Público*, La Ley, Las Rozas, 2009.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», en *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007.

- «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- «Reformas del Derecho administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», en *RArAP*, núm. 34, 2009.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola, «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.
- RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, Juan Luis, *Integración o desmoronamiento: crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- VALERO TORRIJOS, Julián, *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, Comares, Granada, 2007, 2ª ed.
- «La nueva regulación legal del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito administrativo: ¿el viaje hacia un nuevo modelo de Administración, electrónica?», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 35: «La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el derecho público: ¿evolución o transformación?», 2007.
- «Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos», en la obra colectiva *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- VILLAREJO GALENDE, Helena, «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica y el desafío que plantea su transposición», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008.

DEBATES

LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.597 DEL CÓDIGO CIVIL(*)

FRANCISCO BLANCO LÓPEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA EN EL SENO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. LOS AVANCES MATERIALES DE LA LCSP EN LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Consideraciones generales. 2. Los avances materiales de la LCSP en la regulación de la subcontratación administrativa.– III. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.597 DEL CÓDIGO CIVIL.– IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.– V. EL ARTÍCULO 210.4 LCSP: LOS SUBCONTRATISTAS QUEDARÁN OBLIGADOS SOLO ANTE EL CONTRATISTA PRINCIPAL.– VI. ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA REGULACIÓN DEL PAGO DEL PRECIO AL SUBCONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 211 LCSP.– VII. LA NECESIDAD QUE LA NORMA PÚBLICA DE CONTRATOS ABORDE ACTIVAMENTE Y DE FORMA GARANTISTA EL PAGO AL SUBCONTRATISTA DEL PRECIO PACTADO.

RESUMEN: La subcontratación de prestaciones parciales es un fenómeno generalizado en el sistema económico actual y, también, en el contrato administrativo, adquiriendo especial relevancia en el contrato de obras. El artículo 1.597 del Código Civil otorga al subcontratista una acción directa para el cobro del precio pactado por sus actividades que puede ejercer ante el dueño de la obra. Esta acción directa puede también ejercitarse en el seno del contrato administrativo porque la relación entre subcontratista y contratista es de derecho privado sin que la norma pública de contratos regule de forma activa y garantista el núcleo de relaciones económicas entre contratista y subcontratistas y proveedores. Frente a la propuesta de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público de supresión de la acción directa, en este artículo se defiende la conveniencia que la subcontratación sea integrada totalmente en el contrato público puesto que afecta directamente a su correcta ejecución, y en definitiva, a los intereses públicos, de forma que se conceda al subcontratista la posibilidad de reclamar a la Administración contratante el precio que no pague en plazo el contratista principal.

Palabras clave: contrato administrativo; subcontratación; pago del precio.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 3 de mayo de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 de junio de 2011.

ABSTRACT: Partial benefits outsourcing is a widespread phenomenon in the current economic system and also the administrative contract, acquiring special relevance in the works contract. Article 1.597 Civil Code gives the subcontractor a direct action to recover the agreed price for their activities you can practice before the owner of the work. This direct action can also workout at the heart of the administrative contract because the relationship between subcontractor and contractor is private law no public standard contracts actively regulate core provides guarantees of economic relations between the contractor and subcontractors and vendors. Against the proposed amendment of the Law on Public Sector Contracts removal of direct action, this article argues that subcontracting convenience is fully integrated into the procurement contract as it directly affects its proper implementation, and ultimately To the public interest so as to give the subcontractor the opportunity to claim to the Contracting Authority fails to pay the price in time the main contractor.

Key words: administrative contract; outsourcing; price paid.

I. INTRODUCCIÓN

El día 15 de abril de 2011, se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad que incorpora en su Disposición Final primera determinadas modificaciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y, concretamente, en el apartado 6 de dicha Disposición final, se introduce en el artículo 210 LCSP un nuevo apartado 8, con la finalidad de negar la aplicación en el contrato administrativo de la acción directa (AD) prevista en el artículo 1.597 del Código Civil.

Dicho nuevo apartado 8 del artículo 210 (LCSP) se expresa en los siguientes términos: «*Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación también a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas*».

He considerado de interés ofrecer unas reflexiones sobre la significación jurídica de la AD en el contrato administrativo y unas consideraciones acerca de la supresión de la AD que propone la modificación normativa referida.

La LCSP ha clasificado el contrato del sector público dividiéndolo en dos especies: contrato privado y contrato administrativo. Además ambas categorías pueden, a su vez, clasificarse, como es sabido, en contratos sometidos a regulación armonizada o no.

El contrato privado —definido en el art. 20 LCSP— es aquél tramitado por un poder adjudicador perteneciente al sector público (según la definición del art. 3.1 LCSP) que no es Administración Pública (AP). Residualmente, también son contratos privados, algunos contratos de las AAPP (según definición del art. 3.2 LCSP) cuyo objeto tiene una intensa regulación jurídico-privada, de forma que la AP no puede o no quiere introducir regulaciones especiales en la fase de su ejecución, que le otorguen facultades unilaterales a su favor, atendiendo que los intereses públicos quedan correctamente protegidos con la normativa sectorial. Estos contratos singulares de las AAPP, son los de servicios correspondientes a la categoría 6, según clasificación efectuada en la directiva 2004/18/CEE (servicios financieros: servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones); los servicios de creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 y, la contratación de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos que no encajen en el ámbito material delimitado en el art. 19.1, apartados a) y b) LCSP.

El contrato administrativo, definido en cuanto a su objeto contractual en el artículo 19 LCSP, será el adjudicado por una Administración Pública en el significado que da a este término el artículo 3.2 LCSP.

Entre el contrato privado y el contrato administrativo hay diferencias de regulación jurídica importantes: la ejecución y extinción del contrato privado está regida por la autonomía de la voluntad de las partes, por el derecho privado, mientras que el contrato administrativo está regido en todas las fases del ciclo contractual por la LCSP (1). Como consecuencia, la jurisdicción que conocerá del eventual litigio entre las partes es diferente, la civil o la contencioso-administrativa.

Estas afirmaciones generales requerirían ser completadas con muchas matizaciones pero no es objeto de este artículo analizarlas sino que se pretende ahora simplemente destacar el diferente régimen jurídico en materia de ejecución y extinción contractual entre el contrato administrativo o el privado.

El art. 1.597 del Código Civil (CC) regula una acción que puede ejercer el subcontratista ante el promotor de una obra para el cobro de lo debido por el

(1) La diferenciación del régimen jurídico, especialmente en fase de ejecución contractual, entre contrato privado y contrato administrativo pierde, en ocasiones, toda significación. Así, dos actuaciones claves en materia de ejecución contractual, como son el pago del precio y la modificación del objeto, tienen hoy un régimen jurídico uniforme en todo contrato público, administrativo o privado: el pago del precio que tiene una regulación común según Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, modificada por ley 15/2010, de 5 de julio, así como la modificación del contrato público que debe regirse de igual forma, sea administrativo o privado, según el artículo 92 bis LCSP incorporado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

contratista de la obra u otro subcontratista que le contrató. Esta protección del subcontratista-acreedor, tendrá aplicación evidentemente en el contrato público en su especie de contrato privado, en el sentido referido con anterioridad, puesto que la ejecución de esos contratos está sometida al Derecho privado.

II. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA EN EL SENO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. LOS AVANCES MATERIALES DE LA LCSP EN LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Consideraciones generales

La subcontratación tiene una gran trascendencia económica y social en la actividad económica general. Las empresas reducen su estructura de medios materiales y de recursos humanos (y así también reducen los costos consiguientes) y se concentran en la realización de actividades nucleares, en las que tienen el mejor dominio y experiencia y externalizan —subcontratan— todas aquellas actividades complementarias. La especialización en las actividades productivas es una regla general en el sistema económico actual.

El fenómeno de la subcontratación adquiere una gran extensión en el contrato de obras (tanto público como entre actores privados), de forma que el contratista reduce su actuación a una función, en muchas ocasiones, de coordinación técnica y financiación general del contrato junto con el desarrollo, si es el caso, de algunas actividades propias de construcción. El contratista acude a la subcontratación de especialistas con los que concierta la realización de actividades parciales.

Miles de empresas de mediana o pequeña dimensión, trabajadores autónomos y empresas familiares son subcontratistas de otras empresas (2).

En la práctica de la subcontratación se han generado graves patologías, como el retraso extraordinario en el pago del precio al subcontratista, como mecanismo de financiación complementaria del contratista principal, incumpléndose tanto la normativa reguladora sobre la morosidad en las transacciones comerciales como los propios pactos entre las partes; también, se incurre en la subcontratación en cadena que desvirtúa y degenera la causa originaria de ésta como mecanismo de especialización en el trabajo, para

(2) La Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en la «Guía sobre contratación pública y competencia», afirma (p. 28) que en determinadas circunstancias, algunas empresas pueden preferir participar en régimen de subcontratación que compitiendo como empresas licitadoras. La advertencia de la CNC no está suficientemente argumentada.

transformarse en un recurso de contratación de mano de obra barata y que acepta las condiciones de trabajo más precarias.

La subcontratación en el seno del contrato administrativo es un negocio jurídico regido esencialmente por la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto regulado, por el derecho privado (3) pero, al mismo tiempo, en la medida que el subcontrato sirve también a la realización de un contrato administrativo y, por tanto, a la realización directa o indirecta de una actividad o finalidad de interés general, también está condicionada con estipulaciones y requisitos que provienen del derecho público de los contratos. La subcontratación en el seno del contrato administrativo es un negocio jurídico privado con regulación, en determinadas cuestiones, provenientes del derecho público (4). Hoy el contratista, en el seno de un contrato administrativo, decide o no subcontratar, con quién, para qué y a qué precio con libertad de criterio y plena autonomía de la voluntad. Posteriormente, argumentaré que es indudable que el derecho público de contratos está efectuando una invasión, progresiva y en diferentes aspectos, en ese terreno de autonomía de voluntad de las partes, pero aún sin ocupar ni sustituir el núcleo esencial de la relación jurídica entre contratista y subcontratista que sigue presidida por la autonomía de la voluntad.

En el seno del contrato administrativo y, especialmente, el de obras, es un fenómeno generalizado el retraso en el pago del precio al subcontratista. El retraso del contratista principal en el pago del precio al subcontratista va acompañado (y no pocas veces trae causa) del incumplimiento de los plazos legales de pago por parte de la Administración contratante a su contratista principal. Esa situación de incumplimiento generalizado de las condiciones de pago por parte de todos los actores conlleva a que el subcontratista, eslabón final de la cadena, soporte el más dilatado de los plazos de cobro posibles y,

(3) La JCCA de la Administración general del Estado afirmó en su Informe 20/97, de 14 de julio, consideración jurídica nº 4 que *«La introducción en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del precepto contenido en el artículo 116.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo al pago de contratistas a subcontratistas, no ha alterado la naturaleza jurídica de la relación existente entre ambos, naturaleza civil regida por el Derecho privado, con la simple adición del precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni tampoco ha alterado el orden jurisdiccional competente para conocer controversias o cuestiones litigiosas entre contratistas y subcontratistas, que seguirá siendo el orden jurisdiccional civil y no el contencioso administrativo».*

(4) Así se manifiesta Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva ley de Contratos del Sector Público», p. 250, publicado en «Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público», Publicación núm. 2.846 de la Institución «Fernando el Católico», Coordinado por Jesús COLÁS TENAS y Manuel MEDINA GUERRERO. Por su parte, Mercedes FUERTES LÓPEZ afirma, en «La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las Administraciones Públicas», Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 109/2001, Estudios, p. 61: *«El buen fin del contrato administrativo ampara de manera sobrada que la Ley establezca límites o condiciones a este contrato "privado", por afectar a un objeto público».*

en muchos casos, como consecuencia, la imposibilidad de subsistir, dejando una estela de situaciones concursales y de trabajadores en paro.

Es necesario recordar que la consolidada patología del retraso en los plazos del pago del precio en el contrato administrativo y, especialmente, en el de obra, conlleva también otros perniciosos efectos colaterales como son el pago por la Administración contratante de un precio más caro para la realización de la obra o, en general, la prestación objeto del contrato, puesto que los licitadores ya trasladan en el precio ofertado los costos financieros del retraso en el pago que ya se da por previsto. Además comportará que el contratista ejecute el contrato forzando modificaciones del mismo que permitan un incremento del precio inicialmente aprobado (5).

Es lógico, pues, que, como se ha afirmado, la actividad de la subcontratación esté regulada por normas de carácter público que limitan en algunos aspectos la autonomía de la voluntad de las partes.

Podemos concluir pues que la LCSP establece determinadas «condiciones o requisitos (6)» para proceder a la subcontratación, pero, pese a todo, el acuerdo entre contratista y subcontratista se rige por el Derecho privado.

2. Los avances materiales de la LCSP en la regulación de la subcontratación administrativa

La LCSP traspone regulaciones comunitarias en materia de subcontratación y ello ha aumentado la regulación material sobre el subcontrato.

La directiva 2004/18/CEE afirma en su Considerando 32 que, «*Con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, conviene prever disposiciones en materia de subcontratación*». El art.

(5) Habrá que ver si las nuevas regulaciones operadas en la LCSP por la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, logran frenar el fenómeno de los «modificados» o si, como ave Fénix, resurge con otras manifestaciones como podría ser la «revitalización» de la utilización de procedimientos negociados por motivo de obras, suministros o servicios «complementarios». Nos tememos que así sea, puesto que el modificado es un síntoma de un signo interior mucho más complejo, en el que tiene mucho que ver la morosidad en el pago de las Administraciones Públicas. Una visión crítica de la nueva regulación de los modificados en José María GIMENO FEJÚ, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 149, 2011, pp. 29-54, que concluye: «En definitiva, aunque es cierto, que la reforma propuesta en España es un notable avance, no parece compatible con las exigencias comunitarias e introduce dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modificado se utilice como fraude».

(6) Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «La cesión del contrato y la subcontratación en el ámbito administrativo», *Cuadernos de Derecho Judicial* n° 8, 1997, p. 232, con respecto al artículo 116.2.c) LCAP, opinó que «...no debía ser calificado con rigor como requisito para poder subcontratar, sino más bien como un efecto —legalmente establecido— del subcontrato celebrado».

25 realiza una apuesta por implicar al poder adjudicador en el conocimiento de la subcontratación en el propio procedimiento de selección del contratista y determinación de la oferta económicamente más ventajosa, de forma que se prevé que, *«En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.*

Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal».

Hay un proceso desde la LCAP-1995 hasta la LCSP-2007 en el que se incrementan progresivamente las estipulaciones sobre la subcontratación en el contrato público, aumentando la regulación de las condiciones y requisitos para proceder a ella. Así actualmente:

1. La decisión de subcontratar no depende exclusivamente de la voluntad autónoma del contratista sino que es la Administración contratante la que, en ocasiones, puede establecerla con carácter obligado o, al contrario, prohibirla (7) o limitarla a una concreta extensión. (8) El artículo 210.1 LCSP afirma que, *«El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario».* También el art. 210.2.e) LCSP establece que, *«...las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares».* Si no hay otro límite concreto establecido

(7) La Comisión Nacional de la Competencia, en la «Guía sobre contratación pública y competencia», ha considerado (p. 44) que «Cuando existan sospechas fundadas de un posible acuerdo colusorio, puede ser conveniente exigir en el anuncio de la licitación que las empresas indiquen en las ofertas su intención de usar subcontratistas y el nombre de las empresas que piensan subcontratar, porque puede facilitar la detección del posible mecanismo de compensación previsto en el propio acuerdo.

En determinados casos, puede ser conveniente tener en cuenta incluso la posibilidad de prohibir en los pliegos la opción de subcontratar la ejecución del contrato con las mismas empresas que hubieran concurrido a la licitación, salvo autorización expresa del órgano de contratación».

(8) La S del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el asunto C-91-08, Wall Ag y Municipio del Fráncfort del Méno, ha llegado a afirmar en su FJ 39 que «Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar».

en el pliego, la subcontratación no podrá superar el 60% del importe de adjudicación (9).

Hay que resaltar que los preceptos referidos no prevén que el órgano de contratación fije la parte concreta de la prestación que se deba subcontratar. Sin embargo, sí que ocurre, como se destacará, en el apartado 7 del artículo 210, si bien para actividades específicas y con carácter singular.

2. La subcontratación debe ser comunicada a la Administración contratante, en la propia fase de licitación del contrato, si así se ha requerido en el anuncio de la licitación o en el pliego (10). Es, por tanto, una

(9) Es opinión dominante que el porcentaje de subcontratación podría superar, en una licitación concreta, el 60% del importe de adjudicación pero, sin embargo, se considera que no sería factible un porcentaje del 100%. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en informe 1/2010, de 17 de febrero, opina que «...la Ley fija un límite inicial del que no puede excederse en ningún caso de tal manera que ese límite porcentual constituye el límite máximo para el contratista, y ello para evitar crear situaciones de práctica "novación" o sustitución del contratista que desvirtuarían la regla de que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución "parcial" del contrato administrativo». Se afirma, pues, que ello representaría una cesión fraudulenta del contrato sin cumplir los requisitos legales para proceder a la cesión contractual. Creo que la cuestión de los límites máximos porcentuales de subcontratación debería precisarse reglamentariamente.

Sin embargo, debe destacarse que desde la óptica Comunitaria la cuestión carece de trascendencia y así el TJUE, en Sentencia de 12 de julio de 1991, asunto C-399/9890, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, ha manifestado (Considerando 90 y 91) que, «A este respecto, procede destacar que el artículo 1, letra a), de la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser calificado de contratista. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello.

De este modo, el artículo 20 de la Directiva establece que, «en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá solicitar al licitador que le comunique en su oferta la parte del contrato que tenga eventualmente la intención de subcontratar con terceros».

También en Sentencia TJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller*, Considerando 63 afirma, «En consecuencia, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el concepto de "contrato público de obras", en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente (la cursiva es mía), la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno».

(10) Se ha discutido acerca de la significación de la obligación del contratista de comunicar al órgano de contratación la subcontratación realizada y las consecuencias de no hacerlo. Concretamente si el desconocimiento por la Administración de las subcontratas, exige a ésta de las eventuales obligaciones dimanantes de la acción directa ex art. 1.597. La cuestión se aborda, por ejemplo, en S 1/2007, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 12 de enero de 2007, que afirma en su Fundamento Jurídico tercero (final) que «...Es criterio actual y reiterado del Tribunal Supremo (S de 16 de julio de 2003 (Ar. 5.843), 11 de octubre de 2002 (Ar. 9.850) y 31 de enero de 2002 (Ar. 2.097) que las subcontratas realizadas por los adjudicatarios de contratos de obras de la Administración Pública, sin la observancia de los deberes de comunicación, "dará lugar a los efectos que procedan en las relaciones entre la Administración comitente y el contratista",

comunicación que no deriva imperativamente de la LCSP sino que es el órgano de contratación el que debe decidir si quiere conocer la subcontratación que se pretende realizar por el todavía licitador y en la futura ejecución del contrato.

El subcontrato puede ser considerado por el órgano de contratación en la fase de licitación pública —art. 210.2.a) LCSP—, formando parte de la acreditación de la solvencia económica y técnica (11) del licitador y formando parte también de la valoración de la oferta de ejecución contractual. En este caso, la identificación de los subcontratistas efectuada en fase de licitación vincula en la fase de ejecución contractual de forma que no podrá efectuarse por el contratista una variación nominal

pero no afectan a los derechos concedidos en el artículo 1.597 del Código Civil “a los que ponen su trabajo y materiales en la obra contratada, entre los que la doctrina consolidada de esta Sala incluye a los subcontratistas”; sin que sea aplicable la doctrina establecida en la sentencia de 29 de octubre de 1987, porque una sola sentencia de la Sala Primera no constituye jurisprudencia». No lo considera así la S de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) de fecha 17 de mayo de 2009, considera en su Fundamento Jurídico segundo, que... «Así las cosas, la fiscalización y control de la posibilidad de subcontratar, y del cumplimiento de tales requisitos, derivados del real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, escapan del marco de la Jurisdicción civil para integrarse de lleno en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues si bien es cierto, cual sostiene la defensa de la parte apelante, que el contrato que le ligó a la empresa subcontratante era un contrato claramente privado, no es menos cierto que el que vinculaba a la subcontratante con la Administración tenía naturaleza evidentemente pública, por lo que, en base a la legislación ya referenciada, el control de los requisitos de la subcontratación en el ámbito de los contratos concertados con la Administración pública sustrae el debate litigioso de la Jurisdicción civil al estar legislada su fiscalización en el marco del Derecho Administrativo».

El Tribunal Supremo en S de 24 de enero de 2006 (Sección 1ª de la Sala de lo Civil), Ponente Xavier O’Callaghan, respecto el conocimiento por la Administración de la subcontratación en el seno del contrato administrativo de obra y en relación con el art. 59 de la Ley de Contratos del Estado, ha afirmado que «...puede ser de naturaleza tácita, aceptando los trabajos realizados para el subcontratista. No puede olvidarse quien se aprovecha de los resultados que le son favorables —la obra— no puede rechazar las obligaciones que de ellas se deriva. Tampoco pueden obviarse las amplísimas facultades de control e inspección que tiene la Administración del Estado en obras públicas...».

(11) La Sentencia del TJUE, de 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98, Holst Italia SpA, ha afirmado en sus Considerandos 26 y 27:

«26. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él (véase, en el mismo sentido, en relación con las Directivas 71/304 y 71/305, la sentencia Ballast Nedam Groep I, antes citada, apartado 15).

27. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato».

o prestacional de la subcontrata anunciada en fase de licitación hasta que transcurran 20 días desde que se notifique a la Administración contratante la voluntad de proceder a dicho cambio.

Debe valorarse esta previsión, reflejo de la propia regulación comunitaria, como un gran avance en la implicación del derecho público de contratos en la subcontratación. Así, en el proceso de licitación, el licitador deberá identificar con claridad con qué subcontratistas piensa llevar a cabo la ejecución del objeto contractual, lo cual implica a la Administración contratante en el conocimiento efectivo de los empresarios que llevarán a cabo el contrato así como su solvencia y la proporción del precio total que ejecutan.

3. Si en la licitación no se ha conocido la propuesta de subcontratación, el artículo 210.2.b) LCSP, en fase de ejecución contractual, obliga al contratista a comunicar por escrito al órgano de contratación, con antelación a la celebración de los subcontratos, que se piensa proceder a celebrarlos identificando con qué subcontratistas y justificando la solvencia técnica que éstos tienen para ejecutar la prestación parcial (esta justificación podrá realizarse a posteriori de la celebración del contrato cuando concurren situación de emergencia o que requiera actuación urgente).

El incumplimiento de esta obligación de comunicación previa así como del resto de condiciones para proceder a la subcontratación supondrá la penalización del contratista con un importe que puede llegar hasta un 50% del importe del subcontrato.

De hecho, cuando la subcontratación se comunique en fase de licitación, como expresión de la oferta de ejecución contractual, si dicha oferta es considerada la más ventajosa económicamente, llevará consigo la aprobación por parte del órgano de contratación de la subcontratación propuesta, que no podrá ser modificada en fase de ejecución salvo que, comunicada esa intención al órgano de contratación, éste no se pronuncie en el plazo de 20 días, instituyéndose así un silencio de carácter positivo (art. 201.2.c LCSP).

Si el órgano de contratación no ha requerido información en la fase de licitación pública sobre la subcontratación y es en fase de ejecución contractual cuando el contratista anuncie que pretende subcontratar una parte de las prestaciones que conforman el objeto contractual, se plantea entonces la necesidad o no de autorización expresa del órgano de contratación

La LCSP avanza en el establecimiento de condiciones y requisitos para proceder a la subcontratación en el seno del contrato público pero lo

hace con reservas no queriendo incorporar de forma plena al subcontrato como parte del contrato público asumiendo todas las consecuencias que derivarían de un control directo de la subcontratación. Así, en el aspecto concreto que nos ocupa, por un lado se obliga al contratista a comunicar los subcontratos que va a realizar, identificando las partes del objeto contractual que correrán a cargo de los subcontratistas y acreditando la experiencia y solvencia técnica que tienen para la correcta ejecución de las prestaciones parciales pero no se da el paso de que la Administración deba autorizar expresa y previamente la subcontratación. Así, la LCSP no menciona en ningún momento la obligación de que la Administración se pronuncie de forma expresa ante la comunicación del contratista y como requisito previo a la realización de las subcontratas.

Como las regulaciones legales suelen tener un cierto movimiento pendular creo que en el tema que nos ocupa habría que volver a la regulación de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (su artículo 59 disponía que la subcontratación debía ser autorizada previamente a no ser que el contrato ya facultara al contratista) y considerar que la subcontratación en el seno del contrato público debiera ser autorizada por el órgano de contratación expresamente y previamente a su materialización..

Es posible que sea improcedente que en todo contrato deba autorizarse necesariamente la subcontratación que se realice. Quizás la LCSP podría establecer el límite a partir del cual fuera obligatorio la autorización expresa, bastando por debajo de ese umbral una simple comunicación de la subcontratación efectuada.

Como propuesta de «lege ferenda» podría considerarse que la autorización expresa y previa para poder subcontratar debería establecerse cuando se incorporen subcontratas que en total hayan de percibir un importe superior al 15% del precio del contrato o también en el supuesto que el órgano de contratación califique en el pliego regulador de la licitación a determinadas prestaciones parciales como especialmente significativas, (incluso al margen de su trascendencia económica), y que, por tanto, requiere, en todo caso, si pretenden subcontratarse, una autorización previa y expresa.

La consecuencia de no comunicar la subcontratación cuando se hubiese establecido obligación de hacerlo, a los efectos de obtener autorización expresa del órgano de contratación, sería una penalidad determinada o la resolución del contrato.

4. La subcontratación se considera elemento dinamizador de la participación de la pequeña y mediana empresa en la contratación pública,

de forma que la LCSP estimula a que el órgano de contratación pueda obligar al licitador a subcontratar una parte del objeto contractual —hasta un 50% del presupuesto del contrato— y siempre para la ejecución de partes de la prestación que tengan singulares características que requieran una especialización, según establece el apartado 7 del art. 210 LCSP, tras la modificación operada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que ha incrementado el porcentaje del 30% al 50%. En este supuesto —a diferencia de la previsión de la letra e) del apartado 2 del artículo 210—, sí que es el propio órgano de contratación el que definiría qué prestación concreta estaría obligado el contratista a subcontratar siempre que la prestación, se dice en el precepto, tenga sustantividad propia que permita su ejecución separada o bien porque la prestación requiera una habilitación profesional o la posesión de una clasificación empresarial determinada.

La decisión de obligar a subcontratar una prestación determinada deberá adoptarse en casos muy singulares. Parece más acorde con el principio de libertad de empresa dejar a la propia estrategia empresarial del licitador/contratista, en función de sus experiencias y habilidades y de su estructura empresarial, decidir qué prestaciones le conviene subcontratar. Parece suficiente que el órgano de contratación pueda establecer la obligación genérica de subcontratar un porcentaje del precio sin precisar las prestaciones parciales o unidades de obra.

5. No puede celebrarse el subcontrato con empresa inhabilitada para contratar o incurso en causa prohibitiva para contratar establecida en art. 49 LCSP.
6. El apartado 7 del art. 200 LCSP establece que, *«Sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, sólo podrán ser embargados en los siguientes supuestos:*
 - «a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.*
 - b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato».*

III. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.597 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.597 del Código civil (12) otorga al subcontratista (13) una acción directa (AD) frente al dueño de la obra además de frente a su contratista directo u otro subcontratista de nivel superior, si lo hubiere, y siempre que el dueño de la obra tuviere deuda pendiente con el contratista y éste con sus subcontratistas y éstos con sus correspondientes proveedores o subcontratistas sin que esa cadena se rompa hasta llegar al que ejerce la AD.

La Jurisprudencia ha perfilado los elementos conceptuales y requisitos para el ejercicio de la AD, adecuando a la situación social y económica vigentes la regulación histórica del Código Civil (14).

(12) El artículo 1.597 dice así: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

(13) Puede ser oportuno referir el concepto de «Subcontratista» que se utiliza en el art. 3.f) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción: «Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente». Recuérdese que la Disposición Adicional Segunda de esta ley afirma que es aplicable a las obras de construcción reguladas en la norma pública de contratos con las especialidades que se deriven de la misma. El Informe 62/06, de 26 de marzo de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA), concluyó que el artículo 4 de dicha norma legal, en el que se establecen los requisitos de las empresas para ser subcontratistas «deberá aplicarse en los contratos entre contratistas y subcontratistas derivados de un contrato de obras regulado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

(14) En cuanto al propio concepto de subcontrato en el seno del contrato de obra es interesante la STS núm. 1.105/2003, de 27 de noviembre, RJ\2004\294, Ponente Antonio Gullón Ballesteros, en donde se discute la naturaleza de un subcontrato de desmontaje de una grúa utilizada en la obra (el Magistrado O'Callaghan disiente de la mayoría que no lo consideró subcontrato de obra). La S en su FJ tercero, manifiesta lo que sigue: «...para que pudiéramos apreciar la existencia de un subcontrato, el contratista debería haber convenido con otra persona o entidad la realización bien de toda la obra (la entera construcción del edificio), bien de determinadas partidas o unidades de obra, que es cuando adquiere significado la característica del subcontrato como contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza. Si por el contrario, el contratista no conviene con un tercero la realización de parte de la obra o de determinadas unidades de la misma, sino que lo que hace es contratar la ejecución de determinadas labores auxiliares, como en este caso, en que Construcciones San Martín, S.A. no contrata con Cañibano la ejecución de parte de la obra o de ciertas unidades de ella, sino el desmontaje de una grúa utilizada en la construcción, no estamos, en técnica jurídica, ante un subcontrato de obra sino ante uno que sirve de auxilio o ayuda a un contrato de arrendamiento de obra anterior. Si observamos la Ley 13/1995 (RCL 1995, 1485 y 1948) de Contratos de las Administraciones Públicas, comprobaremos como el concepto de subcontrato coincide con lo antes dicho, pues su artículo 116 alude al subcontrato como aquella figura contractual por la cual el contratista concierta con terceros la realización parcial del contrato».

Algunos de los elementos definidores más esenciales son los siguientes (15):

(15) La STS (Sala de lo Civil) núm. 598/1997, de 2 de julio, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, es especialmente afortunada en expresar sintéticamente esas características. Creo especialmente interesante reproducir su FJ Primero:

«El artículo 1.597 del Código Civil prevé un caso de acción directa de los que ponen su trabajo y materiales en una obra, objeto de contrato de obra por precio alzado, frente al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista; por tanto, habiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y "los que ponen su trabajo y materiales", según dicción de dicho artículo 1.597, se le concede a éstos acción directa contra el primero, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código Civil; así lo expresa la Sentencia de 29 octubre 1987 [RJ 1987\7484]. La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la Sentencia de 29 abril 1991 [RJ 1991\3068], una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor.

La realidad muestra la importancia práctica y la trascendencia económica de la dispersión de los trabajos que se produce en los contratos de obra, a través de la figura jurídica de la subcontratación; los grandes contratos de obra, muchas veces contratos cuyo "dueño de la obra" o comitente es una entidad pública, se concertan con contratistas que celebran subcontratos parciales, los subcontratistas a su vez, celebran nuevos subcontratos y puede llegarse a la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil con un planteamiento muy distinto al que se enfrentó el Código Civil del año 1889 que, en este punto, reproduce prácticamente lo que decía el artículo 1.538 del Proyecto del Código Civil de 1851.

La jurisprudencia, en su función esencial de complementar el ordenamiento jurídico, tal como dispone el artículo 1.6 del Código Civil no ha quedado ni debe quedar ajena a la evolución de la realidad, sino que debe interpretar las normas de acuerdo con la realidad social, tal como ordena el artículo 3.1 del Código Civil. En este sentido, una interpretación progresiva y adecuada a dicha realidad social, hace interpretar el artículo 1.597 del Código Civil en los siguientes extremos:

Primero.- El tercero a quien el artículo 1.597 explícitamente les concede la acción directa es a los terceros, "que ponen su trabajo y materiales". Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material o también, como subcontratista. Lo cual ya lo han aclarado Sentencias anteriores, como las de 15 marzo 1990 [RJ 1990\1.698], 29 abril 1991 [RJ 1991\3068] (que emplea la expresión "subempresarios") y 11 octubre 1994 [RJ 1994\7.479].

Segundo.- La acción directa la concede el artículo 1.597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (que, como dice la Sentencia de 11 octubre 1994 [RJ 1994\7.479], "es: razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que 'el deudor de mi deudor es también deudor mío', etc."), hacen que alcance también a los contratistas anteriores; es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc. cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior.

Tercero.- Cuando se ejercita la acción directa, en general y en esta concreta del artículo 1.597 del Código Civil, no se excluye la reclamación al deudor directo y en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria. Así lo han admitido, para la acción directa del artículo 1.597, las Sentencias de 29 abril 1991 y 11 octubre 1994.

Cuarto.- Uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se

- Es una acción directa que puede ejercer el subcontratista frente al dueño de la obra además de contra su deudor inmediato (el contratista de la obra u otro subcontratista). La AD puede interponerse simultáneamente contra el dueño de la obra y contra el contratista y, si es el caso, subcontratistas, los cuales tienen responsabilidad solidaria. Esta acción directa puede ser ejercida por toda persona física o jurídica que haya aportado a la obra «trabajo o materiales».
- El dueño de la obra está obligado hasta la cantidad que adeude al contratista.
- La AD se constituye en una excepción del principio de relatividad del contrato proclamado en el art. 1257 CC.
- No es una acción que pueda ejercer solamente (16) el subcontratista que ocupe el primer nivel de subcontratación en el contrato de obra (17), sino que puede ser accionada por un subcontratista que esté en el segundo nivel o nivel más inferior en la cadena de subcontratación (18).

prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto».

(16) Analiza la cuestión María Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «Acción directa ex artículo 1.597 del Código Civil de subcontratista versus contratista», Actualidad Civil nº 4, Sección Doctrina, 1998, ref. XLVII, pp. 1151 a 1166, tomo 4, Editorial La Ley.

(17) Refiere la STS de 31.01.2005, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente Alfonso Villagómez Rodil, RJ\2005\1747:

«La sentencia de 29 de junio de 1936 (RJ 1936, 1491), en caso parecido al presente, sienta las reglas respecto a las acciones que ejercitan los subcontratistas sucesivos y decide que «habría que seguir su orden inverso hasta el propietario que resultara obligado subsidiariamente, o en defecto de quienes le preceden pero siempre que en todos se dé la circunstancia condicional o característica mencionada en el precepto, de ser deudores unos de otros, porque si alguno de los interferidos no lo fuera, quebraría el vínculo denominador común de la responsabilidad por solución valladar de su exigencia; es decir, que el subempresario acreedor de otro con quien el contrato podrá ante la falta de pago de éste, reclamar del locador en tanto tal empresario sea a su vez deudor del contratante moroso y así hasta el dueño, mas por igual motivo que si el propietario por haber pagado totalmente al contratista suyo ya no habría de suplir obligaciones del mismo, el locador que estuviese finiquitado con su sucedáneo en la empresa, tampoco tiene que afrontar lo debitado por éste, ya que a idéntica razón corresponde la misma norma jurídica y ninguna autoriza que quien pagó bien, contra todo principio de equidad, lo haga dos veces».

(18) El art. 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula subcontratación en la construcción, limita la cadena de subcontratos hasta un tercer nivel.

- Para que pueda prosperar la AD se requiere que cada uno de los participantes en la cadena de contratación sea deudor del eslabón inferior de forma que si alguno de los agentes ha satisfecho íntegramente sus obligaciones económicas (el dueño de la obra con el contratista, éste con el/los subcontratistas principales, éstos con sus proveedores o subcontratistas) ya no podrá entenderse ejercitable la AD (19).
- La carga de la prueba que el comitente o el contratista o un subcontratista de nivel superior han pagado totalmente el crédito, compete, no al acreedor que acciona la AD, sino al que ha satisfecho el crédito (20).
- El subcontratista puede reclamar al dueño de la obra cuando su crédito está vencido y sea exigible y el pago del dueño a favor del subcontra-

(19) La S TS núm. 1.278/2007, de 12 de diciembre, Sala de lo Civil, Sección 1ª, RJ\2007\8924, Ponente Encarnación Roca Trías, afirma: *«Lleva razón el recurrente al denunciar que se ha infringido el artículo 1.597 CC, al constar la prueba de haber pagado al adjudicatario de la obra las certificaciones concretas y no quedar pendiente pago alguno en el momento en que se formula la reclamación. De acuerdo con lo que se ha argumentado en el Fundamento cuarto de esta sentencia, para que opere el artículo 1.597 se requiere que el demandado, sea dueño de la obra o contratista, deba alguna cantidad al otro eslabón en la cadena de contratos de obra; la acción directa no puede dirigirse contra uno de los sucesivos contratistas o el dueño de la obra, como ocurre en este caso, cuando hayan cumplido ya sus obligaciones y hayan pagado en la totalidad la parte que le correspondía, simplemente porque no existe crédito que cobrar, que es el requisito exigido en el artículo 1.597 CC para que tenga eficacia la acción directa. Por tanto, constando probado que el Ayuntamiento de Hospitalet del Infante y Vandellós había satisfecho las cantidades que debía según las certificaciones de obra que la adjudicataria de la misma le iba presentando, al no existir ya ningún crédito, no es deudor y por lo tanto, no puede reclamársele que pague a los subcontratistas lo que debería a la contratista, simplemente porque nada debe ya».*

(20) Dice la S TS, Sección 1ª Sala de lo Civil, Ponente Xavier O'Callaghan, de 24 de enero de 2006, recurso 2.094/1999: *«Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia de esta Sala, desde que se le planteó este tema de forma directa: sentencias de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 18 de julio de 2002; esta última dice literalmente: «La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el hecho de existir deuda o haber sido ésta satisfecha es algo que puede probar el dueño de la obra, pero es imposible o muy difícil probar al subcontratista; en consecuencia, se ha reiterado que es el dueño de la obra quien debe probar que nada debe; así, las sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000 dicen: uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra [o contratista anterior] deba al contratista [o subcontratista anterior]. En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra [o el contratista anterior] el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto».*

tista sólo será efectivo en el momento en que el crédito del subcontratista esté a su vez vencido y sea asimismo exigible.

- La cantidad debida genera intereses desde su reclamación notarial (21).

IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Respecto el contrato público de obras adjudicado por un poder adjudicador no AP no parece que haya duda que la AD es perfectamente aplicable toda vez que el régimen jurídico (22) de la ejecución contractual ser rige por el derecho privado, según establece el art. 20.3 LCSP. En el supuesto que el Pliego de condiciones de un contrato de un poder adjudicador no AP, estableciese que la subcontratación se rige por las normas de la LCSP, me remito a las consideraciones de este artículo.

La Abogacía general del Estado, en dictamen 36/07, de 28 de diciembre de 2007, (Ponente, Raquel Ramos Vallés), abordó la cuestión de la aplicación de la AD en el ámbito de la contratación administrativa en respuesta a la consulta planteada por la sociedad mercantil pública estatal, «Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA – SIEP, SA» (23).

El informe admite (y aconseja) la posibilidad que una sociedad mercantil pública, pese a someter la ejecución de sus contratos al Derecho privado, remita la regulación de la subcontratación, a la propia regulación del art. 115.3 TRLCAP [texto legal vigente en el momento de realizarse la consulta (24)]. A partir de esta

(21) Dice la S TS (Sala 1 de lo Civil), de 8 de mayo de 2008, número 300, Ponente Román GARCÍA VARELA, que: «Si bien el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecido en el artículo 1.597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, la jurisprudencia ha declarado que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengarán desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior (SSTS de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero y 15 de noviembre de 2000) cuya posición es de aplicación al caso debatido, con el entendimiento de que el referido acto notarial comporta una intimación precedente a la formulación del escrito inicial por el que se inició el presente litigio».

(22) Esta afirmación se refiere antes de la modificación que pretende introducirse en la LCSP como se ha afirmado en la Introducción de este artículo. Si la propuesta de modificación prospera en los contratos de las Entidades Públicas Empresariales que son siempre privados tampoco sería *ex lege* de aplicación la AD.

(23) Puede accederse al Informe en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/anales_abogacia/ANALES_07_0036.pdf.

(24) La Disposición Adicional vigésimo octava LCSP establece el régimen de subcontratación de prestaciones contratadas por las Entidades Públicas Empresariales que debe ajustarse a lo dispuesto en el art. 210 LCSP.

consideración, el Informe tiene interés toda vez que sus reflexiones y conclusiones se refieren también al contrato administrativo aunque la consulta provenga de una sociedad mercantil pública que somete la ejecución de sus contratos al derecho privado pero que puede, como se refiere en el Informe, remitir la regulación de la subcontratación a la norma administrativa de contratación.

El Informe centra la cuestión en estos términos: *«Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.3 del actualmente vigente TRLCAP, cabe plantearse si la acción directa del artículo 1.597 CC es aplicable a los contratos privados celebrados por sociedades estatales cuyos pliegos reguladores remitan, en su caso, al régimen de subcontratación previsto en el TRLCAP. Se suscita la duda, en suma, de si la redacción del artículo 115.3 TRLCAP, que declara al subcontratista obligado “sólo ante el contratista principal”, excluye la aplicación de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra consagrada en el artículo 1.597 CC»* (la cursiva es mía).

Después de efectuar un análisis de la jurisprudencia del TS (25) vertida sobre la cuestión, el Órgano consultivo afirma con rotundidad que, *«Cabe entender, en consecuencia, que, con arreglo a la mencionada doctrina jurisprudencial, la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no excluye la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 CC, dado que ésta se inserta en el seno de una relación jurídico-privada como es la derivada de la subcontratación entre particulares, a lo que no es óbice que dicha subcontratación traiga causa en un contrato administrativo»*.

Respecto al conocimiento previo por el órgano de contratación de la práctica de la subcontratación, la Abogacía del Estado reconoce en el informe que comentamos que, *«... debe tenerse en cuenta en este punto que el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de la acción directa del artículo 1.597 CC incluso en aquellos supuestos en los que la Administración contratante invoque el desconocimiento de la subcontrata, por aplicación de la doctrina de prohibición del enriquecimiento injusto»*.

Posteriormente a este Informe, otros Órganos consultivos, éstos especializados en materia de contratación pública, no han compartido la opinión de la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, si bien respondiendo consultas vigente la LCSP (26). Así, la conclusión del Informe 13/2009, de 3

(25) Un análisis de la Jurisprudencia recaída sobre el asunto objeto de este artículo puede verse en «Pago directo de la Administración a suministradores y a subcontratistas de obras. Aplicación del artículo 1.597 CC en el ámbito de la contratación administrativa», Isabel GALLEGO CÓRCOLES, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 25, noviembre 2003, p. 46, Editorial La Ley.

(26) En dichos Informes no se menciona el emitido con anterioridad por la Dirección de Servicio Jurídico del Estado y que hemos referido. Sorprende esa falta de «voluntad dialéctica» en cuestión de tanto interés y máxime cuando se mantiene una orientación totalmente diferente.

de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, afirma: «*La prescripción contenida en el artículo 210.4 LCSP de que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, impide el ejercicio de la acción directa, contenida en el artículo 1.597 del Código Civil, del subcontratista frente a la Administración Pública*» (27).

Unos meses después la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, en Informe 71/09 (28), de 23 de julio de 2010, reitera igual criterio. En este Informe se parte de considerar la relación jurídica entre contratista y subcontratista como inserta en el campo del derecho privado, lo que lleva a la Junta Consultiva a afirmar que no cabe introducir en un pliego una cláusula que comprometa al órgano de contratación al pago a favor del subcontratista cuando el contratista-adjudicatario del contrato administrativo no paga. Se reconoce en ese Informe la existencia de sentencias del Tribunal Supremo favorables a la aplicación de la AD en el seno del contrato administrativo para afirmar seguidamente que... «*Sin embargo, las indicadas resoluciones han sido dictadas al amparo de las regulaciones contenidas en la Ley de Contratos del Estado y en la de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir antes de la entrada en vigor de la actual Ley de Contratos del Sector Público. Esta circunstancia, sin embargo, es decisiva para la cuestión que analizamos toda vez que entre la regulación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la de Contratos del Sector Público existe una diferencia sustancial (la cursiva es mía) consistente, en concreto, en la introducción del párrafo segundo del artículo 210.4 anteriormente transcrito que, según hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, deja zanjada la cuestión poniendo el límite final de la responsabilidad en el contratista*» (29).

Como se ha destacado, los Órganos consultivos especializados en materia de contratación pública de la Junta de Andalucía y de la Administración general del Estado fundamentan su oposición al reconocimiento de la AD en el seno del contrato administrativo de obras en una supuesta «nueva» regulación operada en la LCSP respecto las normas anteriores.

(27) Puede accederse al Informe en http://www.juntadeandalucia.es/economiyhacienda/contratacion/c_consultiva/informes/informe-13-2009.pdf

(28) Puede accederse al Informe en <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Informes/Archivo%20historico/Paginas/Informes2010.aspx>

(29) Las conclusiones del Informe 71/09 son las siguientes:

«1. La Administración no puede ejercitar directamente ni establecer en los pliegos de cláusulas particulares la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de éste a los subcontratistas.

2. De igual modo, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 210.4 párrafo segundo, los subcontratistas no tienen acción directa contra los órganos de contratación para conseguir el pago directo por éstos de las cantidades que les adeuden los contratistas».

Antes de entrar en el núcleo del asunto, considero conveniente tratar una cuestión que en los Informes referidos no se procede a analizar y es la significación y alcance de la expresión del art. 1.597 CC en cuanto a que la obra esté «ajustada alzadamente por el contratista». Esta expresión, ¿se corresponde con el tipo de obra con «precio a tanto alzado y precio cerrado», sin existencia de precios unitarios, del art. 216 LCSP? Si se contesta afirmativamente se estará limitando la eventual aplicación de la AD a un tipo de contrato administrativo de obras muy determinado frente al contrato de obra «general» cuyo precio total se desglosa en precios por unidades de obra y se retribuye mediante certificaciones que comprenden la parte de la obra ejecutada en el periodo anterior que se certifica, según medición y relación valorada, aplicando los precios unitarios de los diferentes materiales que se aprobaron oportunamente.

Creo, siguiendo las manifestaciones de la jurisprudencia (30) que ha abordado el análisis de la AD en el marco de contratos administrativos, que

(30) La S núm. 634/2006, de 20 de abril, del TSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, [JUR\2006\167075], Ponente Jesús María Chamorro González, desestimó recurso, entre otros motivos por que «En efecto el Código Civil parte de una obra ajustada al tanto alzado y es evidente que en el caso que aquí decidimos no estamos ante tal presupuesto sino que el contrato de obras litigioso ha sido contratado por unidades de obra independientes y así se acredita en el expediente administrativo especialmente en lo contenido en el pliego de cláusulas técnicas y en el proyecto que consta en el Expediente».

La S de 26 de diciembre del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente Federico Andrés López de la Riva Carrasco, recurso 1.194/1999, RJCA\2004\253, en su Fundamento de Derecho quinto, reproduce Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 13-06-2002, núm. 153/2002, recurso nº 279/2001. Pte: González Carrasco, María del Carmen, la cual afirma: «Exige el Código Civil en primer lugar que la obra haya sido ajustada alzadamente por el contratista y no por unidad de medida. Se refiere la contratista "Construcciones A., S.A." al contrato suscrito entre ésta y "Excavaciones C., S.L." para negar dicho carácter, pero el mismo ha de ser conceptualizado como contrato de obra a tanto alzado, puesto que las Sentencias del TS como las de 7 de octubre de 1986 y 8 de marzo de 1989, señalan que existe éste cuando quedó fijado como unitario y de forma global con referencia a la totalidad de la obra, incluso aunque se incluya un desglose por partidas y referencia a precios unitarios, siempre que no haya duda de la consideración de la obra en su conjunto. Y otras, como las de 23 de junio de 1964, 25 de noviembre de 1968 o 16 de octubre de 1970, añaden también cuando además de un precio global se incluyen cláusulas que prevén posibles modificaciones o aumentos a los que, en su caso, se aplicará una valoración según precios unitarios que se dejan preestablecidos».

Afirma la S de la AP de Cáceres de fecha 21 de setiembre de 2010, S nº 314/2010: «En relación a este requisito, debe tenerse en cuenta como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) de 9 de junio de 2005, que establece que «En definitiva, el arrendamiento por unidad de medida o de pieza (arts. 1.592 y 1.597 C. c.) se da cuando se encarga un trabajo a pagar en función de parámetros lineales, longitudinales, cubicables o de realización de piezas a destajo, en razón de la "extensión" del objeto o de la obra (SSTS 23 de julio y 7 de octubre de 1964) pero debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en "unidades", lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas pero cómputo total global (aunque

no procede realizar una interpretación del requisito exigido en art. 1.597 CC («obra ajustada alzadamente») en un sentido estricto asimilable al tipo de contrato de obra regulado en el art. 216 LCSP. Por el contrario, deberá entenderse la expresión «...obra alzada ajustadamente por el contratista...», como obra con precio cierto y determinado (31).

dicho cómputo se someta a comprobaciones). Debe concluirse, por tanto, que no se ha establecido el precio de la obra por unidad de medida o pieza sino un presupuesto completo y cerrado (con indicación de cantidades), en razón de las "Partidas" y sometido a controles de calidad y cantidad.

En el caso de autos se cumple dicho requisito, pues como señala la sentencia de instancia, la Resolución dictada por la Excm. Diputación Provincial de Badajoz de fecha 11 de julio de 2007 en cuya virtud se adjudicó la ejecución de la obra de ensanche y refuerzo CC.PA BA-130, a la entidad GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A., tenía un precio ajustado alzadamente ya que se estableció que el presupuesto total sería de 2.073.059 euros, debiendo ser este el contrato que ha de tenerse en cuenta al valorar la concurrencia o no del requisito del precio alzado necesario para el éxito de la acción directa, pues como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928, 24 de diciembre de 1980 y 22 de diciembre de 1992, es necesario «fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidad y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los titulares de la acción directa, en tanto y cuanto se verifica el suministro, no se recibe su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario».

(31) Ésta es la opinión en sede civil de Ignacio Albiñana, «La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra en caso de concurso del contratista», Actualidad Jurídica Uría Menéndez/25-2010.

No lo entiende así la Audiencia Nacional que en S de 18 de mayo de 2007 (Sección 8ª de lo Contencioso-Administrativo, Ponente José Luis Sánchez Díaz), JUR 2007\200196, afirma en su FJ segundo que «En primer lugar porque el contrato de ejecución de obra no es un contrato civil sino administrativo, que se rige por una normativa específica que se aplica con preferencia a la normativa civil; y conforme a tal legislación el citado contrato no se configura como «contrato de obra a tanto alzado», sino como contrato pactado atendiendo al número y calidad de obra ejecutada, por precios unitarios. Este motivo aleja pues la aplicación del artículo 1.597 del Código Civil que se refiere a obras ejecutadas «alzadamente». Además lo especificado en el artículo 1.597, que comentamos, se refiere a trabajos derivados de una relación laboral o profesional y a materiales suministrados, pero no al resultado de la obra, que es lo que se incluye en la documentación que la parte actora aporta. De este modo queda totalmente excluida la aplicación al caso del artículo 1.597 del Código Civil.

La S núm 640/2010, de 14 de octubre, TS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente Antonio Salas Carceller, afirma:

«Como destaca la doctrina, dando por supuesto que la acción directa "ex artículo 1.597" beneficia a los subcontratistas, lo importante es que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de obra. El artículo 1.597 habla de "obra ajustada alzadamente", por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el artículo 1.597; no obstante lo cual, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que estén también determinadas el número de unidades a ejecutar.

La Audiencia recurrida ha reiterado a tal respecto los argumentos de la sentencia de primera instancia. Allí se decía, con cita de las sentencias de esta Sala, de 11 junio 1928, 24 diciembre 1980 y 22 diciembre 1992 (RJ 1992, 10641), que la exigencia de precio alzado responde a la necesidad de "fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidad

El art. 1593 CC puede servir también como criterio hermenéutico para fijar el alcance del concepto *obra alzada ajustadamente por el contratista*. De su dicción puede entenderse que el CC se refiere al precio cerrado, fijo y no revisable (32).

Son muchas las sentencias de la jurisdicción civil que abordan reclamaciones fundadas en la AD en el seno de contratos «ordinarios» administrativos de obra sin que se haya planteado en ninguna de ellas la incorrección de la aplicación de la AD por una eventual no correspondencia con el requisito de obra alzada ajustadamente requerido en el art. 1.597 CC (33).

y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los titulares de la acción directa, en tanto y cuanto se verifica el suministro, no se recibe su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario», lo que se encuentra en relación con razones de seguridad jurídica buscando a través de la determinación inicial del precio, que la garantía que supone esta acción para los terceros acreedores sea cierta y eficaz; y se concluía en la concurrencia del requisito cuando se da esa condición de fijeza del precio concertado por la obra principal, bien porque se haya ajustado a un tanto alzado la totalidad del trabajo proyectado, bien porque el precio se determine por unidades de obra cuando también se hayan indicado el número de dichas unidades, pues en ambos casos es posible conocer “a priori” la cantidad a que se eleva el precio. La Audiencia insiste en el mismo sentido afirmando que debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en “unidades” lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas pero cómputo total global (aunque dicho cómputo se someta a comprobaciones). Debe concluirse, por tanto, que no se ha establecido el precio de la obra por unidad de medida o pieza sino un presupuesto completo y cerrado (con indicación de cantidades), en razón de las “partidas” y sometido a controles de cantidad y cantidad, como ocurre en el supuesto enjuiciado».

(32) El art. 1.593 CC dice así: El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario.

Al respecto, la S TS de 7 de octubre de 1986, RJ\1986\5332, Ponente Adolfo Carretero Pérez, que manifiesta en su FJ 3º respecto a un litigio entre contratista y un subcontratista en la ejecución de obra de construcción de una piscina y otras instalaciones licitada por el Ayuntamiento de Palencia:

«No cabe duda alguna sobre la naturaleza del contrato, como contrato de arrendamiento de obras por ajuste o a precio alzado, tal como fue interpretado por la Sala de instancia, en uso de sus potestades —Sentencia Tribunal Supremo, 14 de marzo de 1985 [RJ 1985\1165], 26 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6649], entre otras—, cuando consta con claridad que se hizo sobre un plano que tuvieron a la vista ambas partes antes de firmar el contrato, en cuya cláusula quinta se fijan los precios como unitarios y en cuya cláusula sexta se prevé la entrega de toda la instalación, contra el pago del precio fijado en presupuesto adjunto y cuya forma de efectuarse, no guarda relación con cantidad ni naturaleza de la obra entregada, lo que viene a exponer la contemplación de la obra como un conjunto y su exacta configuración como obra a tanto alzado regulada en el artículo 1593 del Código Civil, lo que hace decaer el motivo 2.º del recurso».

(33) La S AP Cáceres, de 21 de setiembre de 2010, núm. 314/2010, JUR\2010\342723, Ponente Juan Francisco Bote Saavedra, recuerda:

«En relación a este requisito, debe tenerse en cuenta como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 14] de 9 de junio de 2005, que establece que «En definitiva, el

V. EL ARTÍCULO 210.4 LCSP: LOS SUBCONTRATISTAS QUEDARÁN OBLIGADOS SÓLO ANTE EL CONTRATISTA PRINCIPAL

Frente a los defensores de la tesis que la LCSP ha determinado claramente, a diferencia de la normativa anterior, la responsabilidad exclusiva del contratista en el seno del contrato administrativo de obra entendiéndose con ello que la Administración contratante se exime de toda obligación derivada de cualquier incumplimiento contractual del contratista y, entre ellos, en relación con el pago del precio concertado entre contratista y subcontratista, no siendo de aplicación la AD, creo que esa invocada «nueva regulación» que existiría en la LCSP y que impediría la aplicabilidad de la AD en el contrato administrativo, no es tal ni, por tanto, tiene la consecuencia jurídica que se deduce.

Se dice que el segundo párrafo (34) del apartado 4 del artículo 210 LCSP incorpora un nuevo mandato legal respecto la normativa anterior del que puede derivarse la imposibilidad de aplicación de la AD en el seno del contrato administrativo. Creo que ese argumento no tiene consistencia: la LCSP no hace en ese párrafo más que confirmar que el contratista principal es el único responsable de la correcta ejecución del contrato administrativo y se precisa, ahora con más detalle, que ello sigue siendo cierto aunque el órgano de contratación tenga conocimiento o incluso haya autorizado la subcontratación.

arrendamiento por unidad de medida o de pieza (arts. 1.592 y 1.597 C.c.) se da cuando se encarga un trabajo a pagar en función de parámetros lineales, longitudinales, cubicables o de realización de piezas a destajo, en razón de la "extensión" del objeto o de la obra (SSTS 23 de julio y 7 de octubre de 1964) pero debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en "unidades", lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas pero cómputo total global (aunque dicho cómputo se someta a comprobaciones). Debe concluirse, por tanto, que no se ha establecido el precio de la obra por unidad de medida o pieza sino un presupuesto completo y cerrado (con indicación de cantidades), en razón de las "Partidas" y sometido a controles de calidad y cantidad.

En el caso de autos se cumple dicho requisito, pues como señala la sentencia de instancia, la Resolución dictada por la Excma. Diputación Provincial de Badajoz de fecha 11 de julio de 2007 en cuya virtud se adjudicó la ejecución de la obra de ensanche y refuerzo CC.PA BA-130, a la entidad GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A., tenía un precio ajustado alzado ya que se estableció que el presupuesto total sería de 2.073.059 euros, debiendo ser este el contrato que ha de tenerse en cuenta al valorar la concurrencia o no del requisito del precio alzado necesario para el éxito de la acción directa, pues como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928, 24 de diciembre de 1980 y 22 de diciembre de 1992, es necesario «fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidad y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los titulares de la acción directa, en tanto y cuanto se verifica el suministro, no se recibe su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario».

(34) Dice así ese segundo párrafo: «El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal».

La incontestable afirmación que el contratista es el responsable de la correcta ejecución del contrato administrativo no conlleva que además, expulsada la subcontratación de una regulación completa desde el derecho público de contratos, y, por tanto, manteniéndose la subcontratación como una relación jurídica privada, no pueda ejercer el subcontratista el derecho a una acción para el cobro de lo debido que tiene su regulación y origen en el derecho civil.

Habría que realizar un análisis comparativo de la regulación que se contiene en el art. 210.4 LCSP (35), «Los subcontratistas quedarán obligados ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración...», en relación con las estipulaciones de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (36). Podremos comprobar que la redacción de los preceptos comparados no contienen ninguna diferencia sustantiva negando la supuesta «nueva orientación» contenida en la LCSP.

El art. 59 del decreto 923/1965, de 8 de abril, que aprueba el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado habilitó la subcontratación sin ninguna previsión complementaria. Es el artículo 186 del decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, que aprueba el Reglamento general de contratación, el que inaugura la salvaguarda de la Administración contratante en este sentido: «*Los subcontratistas quedarán obligados sólo frente al contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución de la obra frente a la Administración, con arreglo al proyecto aprobado por la misma, como si él mismo la hubiese realizado*».

La ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), reguló en un extenso art. 116, concretamente en su apartado 3, que, «*Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato*».

El artículo 115.3 del Real decreto legislativo 2/2000, que aprueba el Texto refundido de la LCAP manifiesta que, «*Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con*

(35) De carácter básico y aplicación general a todas las Administraciones Públicas, según Disposición Final séptima LCSP.

(36) Un análisis de la evolución histórica de la regulación jurídica sobre la subcontratación, en «La subcontratación administrativa», Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, Cuadernos de Derecho Público nº 12, 2001, p. 232

arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato».

El artículo 210.4 LCSP establece: *«Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.*

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal».

Como se verá la regulación de la delimitación de las obligaciones respectivas entre Administración, contratista y subcontratista no ha tenido una redacción muy diferente en todo este período.

No se observa una regulación diferente desde 1967 en cuanto a la determinación de la responsabilidad de la ejecución del contrato administrativo frente a la Administración contratante. Esa responsabilidad en la correcta ejecución del contrato únicamente recae en el contratista adjudicatario del contrato administrativo y ése es el mensaje que se mantiene históricamente hasta el actual art. 210.4 LCSP (37).

La afirmación que es el contratista principal el que asume ante el poder adjudicador la total responsabilidad de la ejecución del contrato la encontramos también, con redacción diferente, en el segundo párrafo del artículo 25 de la directiva 2004/18/CEE, que establece:

«En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal».

En este contexto normativo (38) que no contiene variaciones significativas en cuanto a la responsabilidad exclusiva del contratista ante la Administra-

(37) El artículo 87.4 de la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, establece que, «Los subcontratistas quedaran obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante, con arreglo estricto a los pliegos y a los términos del contrato».

(38) La Comisión Europea en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de junio de 2008, denominada

ción contratante por la correcta ejecución del contrato administrativo existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Tribunales inferiores reconociendo la AD del subcontratista ante el promotor de la obra en el seno del contrato administrativo siempre que la Administración contratante adeude cantidad al contratista (39).

«Pensar primero a pequeña escala» “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas» COM(2008) 394 final, invita (p. 14) a los Estados miembros a: «animar a sus entidades contratantes a subdividir los contratos en lotes cuando sea posible y a aumentar la visibilidad de las oportunidades de subcontratación».

(39) Afirma la S de la AP Vizcaya (Sección 3ª), Auto núm. 345/2007, de 8 de junio, AC 2007\2100, en un procedimiento entre subcontratista y, entre otros demandados, la empresa pública Bideak Bizkaiko Bideak, en relación con un contrato de obra de construcción de un Centro de día y Residencia de personas mayores, en la que se declara competente la jurisdicción civil: *«De la jurisprudencia de la Audiencias relatada y de la sucinta exposición precedente puede inducirse que en una reclamación “ex” art. 1.597 el subcontratista se dirige contra el propietarios de la obra con independencia de su condición pública o privada y sin que al mismo le una relación jurídica previa. La inexistencia, como en el presente caso acontece, de contrato entre partes de naturaleza administrativa, asistiendo únicamente respecto a los subcontratistas el ejercicio de la acción directa, y ejercicio de una pretensión que no es subsidiaria de la que el titular pueda tener frente al deudor principal sino, titular de una acción que no es sustitutiva de la del contratista sino que se sobrepone a la misma para hacer valer su crédito por vía directa mediante el logro de su satisfacción a cargo del dueño de la obra y por tanto es una garantía que se determina como de carácter excepcional y que altera el principio general de relatividad de los contratos, pues pone en contacto a personas que en principio no son partes en el primitivo contrato, por lo que si la acción civil directa se actúa frente a una administración o empresa pública ello no convierte o transforma en acción de naturaleza administrativa».*

La S de 26 de diciembre del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente Federico Andrés López de la Riva Carrasco, recurso 1.194/1999, RJCA\2004\253, en su Fundamento de Derecho quinto, reproduce Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 13-06-2002, núm. 153/2002, re. 279/2001. Pte: González Carrasco, María del Carmen, la cual afirma: *«Reitera en esta alzada la Junta de Comunidades la alegación consistente en la infracción del art. 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1445 y 1948) (actual 115 del Texto Refundido 2000 [RCL 2000, 1380 y 2126]), debido a la inexistencia de comunicación por parte de la contratista “Construcciones A., S.A.” de la subcontratación realizada. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que en dicho artículo se establece una obligación para el contratista frente a la Administración cuyo incumplimiento no puede hacerse recaer sobre el subcontratista, que en ningún caso está obligado frente a la Administración, como apunta el mismo artículo, y que permanece ajeno a dicha relación. Finalmente, el art. 116 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece el carácter privado de las subcontratas de obras públicas, por lo que las acciones derivadas de estos contratos no pueden verse limitadas por el carácter público del contrato de obras inicial en el que el subcontratista no es parte, ni por su normativa propia, ni la Administración puede oponer al subcontratista que persigue la satisfacción de su crédito requisitos ajenos a los establecidos en el artículo 1.597 del Código Civil (LEG 1889, 27) y que en todo caso escapan del control del subcontratista acreedor».*

VI. ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA REGULACIÓN DEL PAGO DEL PRECIO AL SUBCONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 211 LCSP

Como se ha destacado anteriormente, la regulación del segundo párrafo del art. 210.4 LCSP, se instituye en los Informes de la JCCA del Estado y de Andalucía, como argumento esencial para declarar una «nueva» situación normativa que impide, frente a la normativa anterior, el ejercicio de la AD en el seno del contrato administrativo.

Desde un análisis sistemático hay que considerar que el art. 210 LCSP, «Subcontratación», trata de las relaciones generales entre subcontratista y contratista y la de éste con la Administración contratante. Concretamente, cuando el apartado 4 del art. 210 se refiere a la «responsabilidad exclusiva del contratista principal» está tratando de la responsabilidad exclusiva del contratista principal frente a la Administración en cuanto a la correcta ejecución del objeto del contrato administrativo. Este precepto en sede de derecho público de contratos no es diferente, por otra parte, de la previsión del artículo 1.596 Código Civil, cuando afirma que «*El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra*» (40).

Las obligaciones contractuales entre contratista y subcontratista no forman parte (con las matizaciones que se verán) de la norma reguladora de la contratación del sector público. Es una relación jurídica regida por el Derecho privado y en la que la Administración pública no quiere entrar con normas imperativas si bien como ya se ha destacado hay un proceso de delimitación, desde el derecho público de contratos, de condiciones y requisitos para subcontratar (41).

La regulación del art. 210.4 LCSP está declarando que, pese a la existencia de subcontratación, el contratista —adjudicatario del contrato administrativo—, es el único responsable frente al órgano de contratación de la correcta ejecución del objeto contractual. Esa afirmación legal no afecta a la relación jurídica obligacional entre contratista y subcontratista, relación en la que los correspondientes incumplimientos de las partes se residencia en el derecho privado y en la jurisdicción civil y, como consecuencia, con plena aplicación en esa relación jurídica privada de una acción para el cobro de lo debido, la AD, que tiene su

(40) La STS (Sala de lo Civil) núm. 561/2002, de 4 de junio, Ponente Teófilo Ortega Torres, afirma (FJ cuarto) que la responsabilidad del art. 1.596 CC incluye la derivada de los trabajos de los subcontratistas. En idéntico sentido STS (Sala de lo Civil, núm. 246/1998, de 16 de marzo), Ponente Alfonso Villágoz Rodil, FJ primero.

(41) El art. 17.6 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se expresa así: «Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar».

regulación en el Código Civil (42). La única manera de excluir que en el seno del contrato administrativo el subcontratista pueda reclamar al dueño de la obra —la Administración contratante— el precio debido por su trabajo o materiales aportados, con exclusión de la aplicación del art. 1.597 CC, sería su excepción expresa y literal en la propia LCSP y eso no lo hace el art. 210.4 LCSP.

Pero es el art. 211 LCSP «Pagos a subcontratistas y suministradores» (43) (y no el art. 210.4), el que se destina a fijar determinadas obligaciones del contratista en cuanto a los derechos económicos de los subcontratistas en el seno del contrato administrativo. El art. 211 contiene una serie de mandatos para que el contratista proceda al pago puntual a sus subcontratistas o proveedores, regulación que no es más que la reproducción de la regulación contenida en la ley 3/2004, de 29 de diciembre, modificada por la ley 15/2010, de 5 de julio, cuyo ámbito de regulación abarca al contrato entre agentes privados y también al contrato del sector público (44). En este artículo 211 no se

(42) Emiten opinión a favor de la aplicabilidad de la AD en el seno del contrato administrativo, Juan Luis DE LA VALLINA, ob. citada, p. 255; Rafael JURISTO SÁNCHEZ, «La ejecución del contrato de obra pública», segunda edición 1991, afirma (p. 141): «Se echa de menos en la regulación administrativa del subcontrato la posibilidad de que pueda reclamar directamente frente a la Administración, subrogándose en los derechos del contratista si no los ejercita en perjuicio suyo. La acción directa que regula el artículo 1.597 CC ("los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tiene acción contra el dueño de ella, sino hasta la cantidad que ése adeude a aquél cuando se hace la reclamación") tendrá que ejercitarse en su caso en la vía jurisdiccional ordinaria, apurando antes la reclamación previa regulada en los artículos 139 a 144 LPA».

Una opinión contraria a la aplicabilidad de la AD Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ob. cit., p. 234.

(43) De carácter básico y aplicación general a todas las Administraciones Públicas, de acuerdo con Disposición Final séptima LCSP.

(44) Silvia DEL SAZ, «La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del sector público», Revista General del Derecho Administrativo n° 25 (2010), ha puesto de manifiesto las contradicciones existentes en la ley 3/2004 que se arrastran en la ley 15/2010, en cuanto a la definición del ámbito subjetivo de las normas: la autora afirma (pp. 8-9) que «... Así pues, la tan traída y llevada reducción del plazo de pago de sesenta a treinta días para el sector público queda limitada a los contratos administrativos quedando el resto de los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas y el resto de entidades del sector público, sometidos al mismo régimen de pago que el resto de las empresas privadas, esto es a los sesenta días generales que impone la ley para todos los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigor, el mismo plazo que se imponía, aunque solo para los contratos administrativos, por la modificación del TRLCA operada por la Ley 3/2004». Coincidimos con la autora en el escaso rigor de las normas referidas en cuanto a la delimitación del plazo de pago para las Administraciones Públicas y para los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas pero no podemos participar en su afirmación que los poderes adjudicadores no AP deben pagar el precio del contrato en sesenta días como los agentes privados. El artículo 2 de la ley 3/2004, en la definición dada por la ley 15/2010, define, a los efectos de dicha ley, el término «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». La Exposición de Motivos afirma que «En este sentido, y desde el punto de vista de los plazos de pago del sector

hace ninguna referencia a la exclusión o prohibición de la interposición de la AD en el seno del contrato administrativo ni existe una regulación sustitutoria acerca de las medidas activas que puedan interponerse por los perjudicados/subcontratistas cuando se incumplan las estipulaciones sobre el pago del precio acordadas con el contratista, entendiéndose que será la jurisdicción civil quien dirimirá los derechos y obligaciones y litigios entre las partes, contratista y subcontratistas y proveedores, por su eventual incumplimiento, aplicando, en definitiva, las previsiones de la ley 3/2004.

Las prescripciones que contiene el art. 211 LCSP acerca del pago del precio entre contratista y subcontratista en el seno del contrato administrativo no establecen medidas de reacción legal frente a su incumplimiento. La LCSP no dice nada sobre el eventual incumplimiento de los plazos de pago entre contratista y subcontratista y no lo hace porque esa relación se considera sometida al Derecho privado, a la jurisdicción civil y bastará ante ella invocar los derechos económicos regulados en la Ley 3/2004 y, también, si procede, la AD regulada en el Código civil.

La modificación operada en la LCSP por la ley 15/2010, de 5 de julio, tiene un efecto especialmente favorecedor para el pago del precio al subcontratista en el seno del contrato administrativo. Dicha ley ha fijado a los poderes adjudicadores (adelantándose a lo que ha establecido la directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011) un plazo de pago ordinario de 30 días cuando

público, se reduce a un máximo de treinta días el plazo de pago, que se aplicará a partir del 1 de enero de 2013...». Lo que sí está obligado el legislador es aclarar el entuerto y la desastrosa técnica normativa seguida en la ley 15/2010, cuando por un lado afirma que el término «Administración» debe ser entendido como «Sector público», pero luego no incorpora en el articulado de la ley más que reformas en la LCSP que solamente se refieren a las AAPP: modificación del artículo 200 y creación de un nuevo artículo 200 bis que solo se refiere a AP. La ocasión para enmendar el desaguizado podrá ser la elaboración del texto refundido de la LCSP que anuncia la Ley de Economía Sostenible o la trasposición de la directiva 2011/7/UE, de 11 de febrero, cuyo mandato es incontestable: el Considerando 23 de dicha directiva afirma que *«Procede, por tanto, introducir normas específicas con respecto a las operaciones comerciales en lo que se refiere al suministro de bienes y la prestación de servicios por parte de empresas a los poderes públicos que prevean, en particular, períodos de pago que, como regla general, no superen los 30 días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que esté objetivamente justificado a la luz de la naturaleza o las características particulares del contrato, y que en ningún caso superen los 60 días naturales»*. El artículo 4 afirma que los poderes públicos deben pagar en el plazo de 30 días naturales después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, con excepción para las entidades públicas que prestan servicios de asistencia sanitaria que podrán pagar en un plazo máximo de 60 días si así se les ha reconocido [art. 4. 4.b) de la directiva]. Quizás sería conveniente recordar que ya el artículo 9.2 del Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se creó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprobaban créditos extraordinarios para atender a su financiación, fijó un plazo máximo de 30 días para el pago del precio por la Administración al contratista y el mismo plazo de 30 días para el pago del contratista a sus subcontratistas y proveedores.

dicho plazo en la relación económica entre agentes privados es de 60 días. La ley 15/2010, modifica a tal efecto la LCSP, concretamente el art. 200 e incluye una disposición transitoria octava que gradúa el cumplimiento del pago en 30 días hasta el 1 de enero de 2013 en que ya se deberá cumplir dicho plazo. De acuerdo con el artículo 3 de la ley 15/2010, su ámbito de aplicación alcanza también a la relación entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (45).

El art. 211.2 LCSP afirma respecto a los plazos de pago del contratista hacia sus subcontratistas y proveedores: «Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda». La afirmación del art. 211.2 no tenía con anterioridad a la modificación operada por ley 15/2010 especial trascendencia desde el punto de vista que antes de dicha modificación, los poderes adjudicadores tenían el mismo plazo de pago que los agentes privados (60 días). Sin embargo, ahora la afirmación del art. 211.2 representa que el subcontratista tiene derecho, en el seno del contrato administrativo, al cobro del precio en el plazo de 30 días (siguiendo el calendario de transición que se ha comentado), mientras que en sus relaciones contractuales con agentes privados lo será en el plazo de 60 días.

La LCSP, hasta el momento, ha establecido su frontera de regulación en materia de protección de los derechos de crédito de los subcontratistas en el seno del contrato administrativo, con dos escenarios regulatorios: uno, en el artículo 211 LCSP, con mandatos dirigidos al contratista de cómo proceder al pago de sus subcontratistas, mandatos que son inserción de las garantías ya establecidas por la ley 3/2004 modificada por la ley 15/2010, sobre morosidad en las transacciones comerciales; otro, el reconocido en el art. 200.7.b) LCSP, reconociendo la posibilidad de embargo de los abonos a cuenta, efectuados al contratista por la ejecución del contrato, y para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

Esas medidas no alteran el carácter jurídico de la relación contractual entre contratista y subcontratista porque no residen en el derecho público de los contratos el conjunto de obligaciones que conforman el negocio de la

(45) El artículo 3 de la ley 3/2004, en la redacción dada por ley 15/2010, establece:

«1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (la cursiva es mía)».

subcontrata. El nuevo art. 200 bis LCSP que ha instituido un procedimiento especial monitorio ante la Jurisdicción contencioso administrativa para que el contratista principal pueda reclamar judicialmente el pago del precio debido por la Administración contratante, no incluye ni se extiende a los derechos de cobro de los subcontratistas cuya defensa debe efectuarse ante la Jurisdicción civil.

El pago del precio entre contratista y subcontratistas y proveedores en el seno del contrato administrativo es una cuestión que forma parte de la relación jurídico privada existente entre las partes (46), que se sustanciará ante la Jurisdicción civil y que tiene como referentes normativos reguladores específicos, como se ha visto, en cuanto al pago del precio, la directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en cuanto a sus medidas concretas que no necesiten de operación interpretativa por parte de los Estados miembros, ya que el plazo de transposición máximo es el 16 de marzo de 2013, excepto el art. 9 de la misma); la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y las modificaciones operadas en ella por la Ley 15/2010, de 5 de julio (47); el artículo 211 LCSP y el artículo 1.597 del Código Civil, entendiéndose que el derecho a la acción directa del art. 1.597 CC es disponible por el beneficiado a ejercerla de

(46) Nuestra afirmación no desconoce que la LCSP suprimió el párrafo final existente en el derogado art. 116.5 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (que a su vez procedía de la modificación operada en la LCAP por la ley 53/1999, incorporando un nuevo artículo 116 bis) que manifestaba expresamente: «Los subcontratos y los contratos de suministros a que se refiere el párrafo anterior tendrán en todo caso naturaleza privada».

La supresión del párrafo en el que se manifestaba expresamente que los subcontratos tenían naturaleza privada no permite derivar que el subcontrato en el contrato administrativo forma parte del contrato regulado por la LCSP, del contrato del sector público con competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. No puede inferirse esa conclusión del conjunto de disposiciones de la LCSP que no afirman que la Administración contratante también suscribirá los subcontratos realizados en el seno del contrato administrativo y será parte en los derechos y obligaciones suscritos entre contratista y subcontratista. No podemos afirmar que los conflictos entre las partes en el subcontrato en el seno del contrato administrativo correspondan con el ámbito material establecido en el artículo 2 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(47) La Disposición Transitoria tercera de la ley 15/2010, «Plazos máximos de pago en los contratos de obra con las Administraciones Públicas», establece que:

«Las empresas constructoras de obra civil que mantengan vivos contratos de obra con las diferentes Administraciones Públicas, con carácter excepcional, y durante dos años a contar desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, podrán acordar con sus proveedoras y/o subcontratistas los siguientes plazos máximos de pago, de conformidad con el siguiente calendario de aplicación:

- 120 días desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 31 de diciembre de 2011.
- 90 días desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.
- 60 días desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013.

«Sin que puedan existir pactos entre las partes por encima de dichos plazos y fechas».

forma que no parece contrario a Derecho que las partes, contratista principal y subcontratista o proveedor, firmen una cláusula contractual de renuncia por el subcontratista al ejercicio de la AD. Esa circunstancia se produce en el asunto tratado en S TS, Sala I de lo Civil, número 85/2010, de 19 de febrero de 2010, Ponente Xavier O'Callaghan.

El fundamento de la AD no procede del Derecho público de contratos (donde habría que reconocer que se rehúye de toda asunción de obligaciones concretas, más allá de las recomendaciones generales referidas, frente a la subcontratación y, por tanto, no tendría encaje) sino que procede del Derecho civil y se ejercita en una relación jurídica regida en cuanto al pago de los materiales y trabajos puestos a disposición de la obra por el Derecho privado (48).

(48) El TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente José Almagro Nosete, recurso 4143/2000, S de 17.07.2007, ha afirmado: «Esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencia de 24 de enero de 2006 (rec. núm. 2094/1999), que el contrato entre la Administración del Estado y entidad constructora tiene carácter administrativo, pero que planteándose la litis respecto del subcontrato entre la primera empresa contratante y otra subcontratada por ésta, este contrato tiene naturaleza civil. También que «la vis atractiva de la jurisdicción civil que siempre ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala no viene contradicha por la *Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965*, vigente en el caso presente, cuyo artículo 59 contempla el subcontrato de obra, lo permite con ciertos requisitos, pero ni lo califica de administrativo, ni lo atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa; tampoco hace tal atribución la *Ley 30/1992 de 26 de noviembre* de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común», no siendo de aplicación al supuesto, como tampoco lo es en este caso, la *Ley 29/1998, de 13 de julio*, de la jurisdicción contencioso administrativa. Aclara la citada sentencia que la Sala sigue la doctrina que ya formuló la anterior sentencia de 12 de mayo de 1994, cuyo fundamento segundo dice literalmente: La tesis del motivo parte de que el contrato de ejecución de obras concertado con el Estado con las dos empresas mencionadas, como principales y contratistas, reviste la condición de contrato administrativo, lo que no se discute, por resultar correcta tal calificación, conforme a los textos legales que se aportan. Ahora bien, los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1.597 del Código, que se acumuló a la ejercitada contra los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del precepto 156 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la Jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 2-2-2987, 10-11-1990, 17-2-1992, 28-4-1992 —que refiere unas antiguas de 15-10-1976, 22-11 y 17-12-1985, 14-10-1986 y 2 de junio de 1993—), que proclama la «vis atractiva» y preferencial de la Jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido precepto 1.597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron».

Es cierto, como hemos visto, que la normativa reguladora de la contratación pública va avanzando en incorporar más regulaciones sobre la subcontratación pero siempre, sin atravesar o franquear la barrera de la relación jurídico-contractual entre el contratista del contrato público y sus subcontratistas, ámbito en que el derecho público de contratos no entra, reduciendo la relación antes referida al «ámbito privado».

Así los litigios en relación con los pactos y obligaciones comprometidos entre las partes del subcontrato se sustancian ante la Jurisdicción civil, con incompetencia de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aunque el dueño o comitente de la obra sea un órgano de la Administración pública o de su sector público (49).

(49) Afirma la AP Baleares (Sección 3ª, Ponente Catalina Mª Moragues Vidal), JUR 2003\228255, en Auto 40/2003, de 28 de marzo de 2003:

«No comparte la Sala los razonamientos jurídicos contenidos en el auto impugnado y en los que se fundamenta la parte dispositiva de dicha resolución, por los siguientes motivos:

1º) Las relaciones jurídicas que vinculan a las sociedades mercantiles derivadas de un contrato de ejecución de obra (artículo 1.544 del Código Civil) tienen evidente naturaleza privada y, por consiguiente, las acciones derivadas de su cumplimiento corresponden a los tribunales civiles, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2º) La presente controversia no se centra en el cumplimiento o incumplimiento del contrato administrativo existente entre la contratista CCB, SA., y el Ayuntamiento de Calviá, lo que obligaría a residenciar el litigio en la jurisdicción contencioso-administrativa. En el presente caso no existe contrato que ligue a los subcontratistas actoras con la citada corporación municipal, siendo la acción ejercitada de carácter excepcional conforme previene en el artículo 1.597 del Código Civil, por cuanto altera el principio general de relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1.257 de dicho cuerpo legal. (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000).

3º) El artículo 1.597 convierte a los acreedores subcontratistas en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratista que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron.

4º) El tribunal Supremo en las sentencias alegadas por la parte apelante de 12 de mayo de 1994 y 18 de julio de 2002, ha declarado que «los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1.597 del Código Civil», por lo que la competencia para su conocimiento debe ser residenciada en los tribunales del orden civil.

Criterio que igualmente ha venido siendo aplicado por distintas Audiencias Provinciales, de lo que es muestra las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 6 de febrero de 2002, Audiencia Provincial de León de 9 de septiembre de 1999, al igual que la sentencia de 17 de septiembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

VII. LA NECESIDAD QUE LA NORMA DE CONTRATOS PÚBLICOS ABORDE ACTIVAMENTE Y DE FORMA GARANTISTA EL PAGO AL SUBCONTRATISTA DEL PRECIO PACTADO

El pago en plazo al subcontratista es una cuestión que trasciende la relación privada entre contratista y subcontratista y proveedores y afecta directamente a la correcta ejecución del contrato público y, por tanto, a la satisfacción mediata o directa del interés público como causa del contrato administrativo (50).

El Derecho público de los contratos debería acoger de forma más activa los intereses económicos de los subcontratistas en cuanto al pago puntual del precio debido por el contratista de forma que el subcontratista pudiera acudir al órgano administrativo de contratación planteándole el incumplimiento del contratista o de un subcontratista «superior» en el pago de un crédito vencido y exigible y derivado del contrato público y siempre que el órgano de contratación aún tenga cantidad pendiente de pagar al contratista principal.

Antes de la aprobación de la nueva directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad, ya se establecía en el documento de trabajo de los Servicios de la Comisión Europea, «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», SEC(2008)2.193, de 25 de junio de 2008, en su apartado 8 que, «...Por lo que se refiere al pago a los subcontratistas, los poderes adjudicadores pueden incluir asimismo en el pliego de condiciones cláusulas destinadas a garantizar que los pagos de sus proveedores a los subcontratistas se efectúen oportunamente (véase el apartado 1.4) y que lo mismo ocurra a lo largo de la cadena de suministro...». Falta dar el paso definitivo: (51) reconocer la

(50) Así lo afirma también, José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADILLAS, en su obra «La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático», Editorial La Ley, 1ª edición 2007, p. 692: «Y es que, en definitiva, uno de los problemas más importantes que se plantean en el ámbito de la subcontratación es el relativo a la morosidad del pago no sólo a los subcontratistas sino también a los suministradores. Hasta tal punto se produce este fenómeno de impago al subcontratista en toda la Unión Europea, que en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, esta Institución proponía dos tipos de soluciones para que los Estados miembros asumieran “cierta responsabilidad” en lo que se refiere a los pagos de los subcontratistas en el marco de los contratos públicos que el adjudicatario estuviera sometido a unas condiciones imperativas relativas a los subcontratistas (y sometidos a control durante la ejecución del contrato) y el pago directo a los subcontratistas por parte de la entidad adjudicataria».

(51) En sentido contrario, por ejemplo, puede leerse en las Condiciones generales de contratación fijadas por la empresa pública de la Junta de Andalucía EGMASA, Empresa de Gestión Medioambiental, S.A., lo que sigue:

2.2.2.: «Excepcionalmente, EGMASA podrá autorizar la subcontratación parcial a terceros de unidades de suministro o de obras, siempre que lo haga expresamente, con carácter previo y por escrito. En este caso, el subcontratista renuncia expresamente a la acción directa contra la propiedad referida en el art. 1.597 del Código Civil».

acción de los subcontratistas para el cobro del precio de las prestaciones realizadas en el seno del contrato público, cuando tengan el carácter de exigibles y vencidas. Falta dar el paso que ya dio el art. 116 (52) del Código francés de Contratos públicos de 2006 aprobado por decreto 975/2006, de 1 de agosto, en el que se articula un procedimiento a favor del subcontratista que podrá remitir al poder adjudicador las facturas (lo debido debe superar los 600 €) impagadas por el contratista, procediendo el poder adjudicador a su pago.

Entonces podrá entenderse inaplicable la AD/Código Civil y, afortunadamente, la razón sería no porque se niegue expresamente en la LCSP su aplicación, sino porque se recoja también en la norma pública el derecho del subcontratista a reclamar al órgano de contratación lo que no paga en plazo el contratista. La regulación podría realizarse estableciendo determinadas condiciones: así, podría reconocerse dicha acción cuando el precio del contrato administrativo sea superior a una cantidad determinada y, además, cuando la factura librada por el subcontratista e impagada supere también una cuantía. La regulación legal podría afirmar que el órgano de contratación en los contratos administrativos en los que la subcontratación le haya sido debidamente comunicada por el contratista o haya sido autorizada, según las estipulaciones legales en la materia, pagará directamente al subcontratista aquellas facturas correspondientes a las prestaciones parciales del contrato, no pagadas en plazo por el contratista principal y siempre que el subcontratista haya ejecutado unas prestaciones de cuantía superior al 5% del precio del contrato y, en todo caso, cuando la factura sea de cuantía superior a 3.000€. Todo ello evidentemente

(52) Artículo 116:

«El subcontratista remitirá su solicitud de pago al titular del contrato. Esta solicitud de pago, que deberá llevar la aceptación del titular del contrato, será remitida por éste último a la persona designada en el contrato para este fin. La persona designada en el contrato informará al subcontratista de la fecha de recepción de la solicitud de pago enviada por el titular y le indicará las cantidades cuyo pago a su favor haya sido aceptado por éste último. El Ordenador librará una orden de pago de las cantidades adeudadas al subcontratista. En los casos en que el titular de un contrato no haya opuesto un rechazo motivado a la solicitud de pago del subcontratista en el plazo de quince días siguientes a su recepción, ni haya remitido dicha solicitud a la persona designada en el contrato, el subcontratista enviará directamente su solicitud de pago a la persona designada en el contrato por carta certificada con acuse de recibo postal o la entregará a cambio de un recibo debidamente fechado que será consignado en un registro especial.

La persona designada en el contrato presentará un requerimiento de pago al titular, por carta certificada con acuse de recibo postal, para darle la prueba, en un plazo de quince días a contar desde la recepción de esta carta, de que ha opuesto un rechazo motivado a su subcontratista. A partir de la recepción de la notificación, la misma informará al subcontratista de la fecha del requerimiento de pago.

A la expiración del plazo previsto en el párrafo anterior, si el titular no estuviera en condiciones de aportar dicha prueba, la persona designada en el contrato pagará las cantidades adeudadas a los subcontratistas en las condiciones previstas en el artículo 96».

con un trámite de requerimiento al contratista a los efectos que exprese las razones que pudiera considerar que hacen improcedente el pago.

Pero esa medida tardará en llegar porque los hábitos de las Administraciones Públicas en España y la de sus dirigentes políticos es, incumpliendo sus obligaciones legales, demorar al máximo el pago con sus contratistas principales lo que hace difícil un escenario de reconocimiento normativo del cobro de la parte del precio correspondiente a los subcontratistas y proveedores (53).

No es que tarde en llegar es que el legislador no quiere comprometerse en un asunto tan borrascoso. Ello puede explicar, al menos desde la óptica que se defiende en este artículo, que se proceda a erradicar la AD del ámbito de la LCSP, sin más consideraciones, tal como se propone en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad según hemos referido al comienzo de este artículo.

(53) Ciertamente llegado ese momento, en el que el subcontrato queda integrado en el seno del contrato administrativo con plena asunción por parte de la Administración de que contribuye a la realización del interés general causa del contrato, habrá que considerar que los litigios entre las partes, contratista y subcontratista, o Administración en cuanto a una eventual negativa en la aceptación del pago del precio debido por el contratista principal, han de ser planteados ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Seguramente, en esa situación, adquirirían realmente toda su vigencia las consideraciones de Jose María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, en su artículo «Aspectos jurídico-públicos de la subcontratación administrativa», Actualidad Jurídica Aranzadi n° 443, de 15 de junio de 2000, cuando opina (p. 4) ante la reforma introducida en la LCAP por ley 53/1999, y especialmente en el art. 116 bis referente a las garantías de pago a los subcontratistas, que «No obstante, a mi juicio, el carácter privado del contrato o de los contratos celebrados entre el contratista y los subcontratistas no impide que éstos, ante el incumplimiento de las normas imperativas impuestas por la Administración al contratista, especialmente en lo que se refiere a las garantías de pago, puedan acudir a la Administración para exigir la observancia de lo establecido en el art. 116 bis de la Ley. Ello implica que el carácter estrictamente privado del subcontrato se desvirtúe, ofreciendo claras connotaciones de derecho público. Ante la negativa de la Administración a adoptar las medidas que reclama el subcontratista para asegurar su situación jurídica frente al subcontratista, en los términos que prevé la Ley, no resulta descabellado pensar que se pueda acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello nos permite afirmar que la naturaleza jurídica de la relación del subcontratista con el contratista desborda el ámbito de lo estrictamente privado, precisamente en función de los intereses públicos que subyacen en la ejecución del contrato». Más adelante afirma (p. 5) que «Siguiendo este razonamiento, podemos preguntarnos si el estricto cumplimiento de las obligaciones de pago que el nuevo art. 116 bis impone al contratista respecto a los subcontratistas y suministradores no constituye, en los términos del art. 112.g) de la Ley, una obligación "esencial" del contrato cuyo incumplimiento podría dar lugar a la resolución del mismo. Sobre todo, cuando, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, puede llegarse a una subcontratación del objeto del contrato superior al 50%. A mi juicio, sí puede sostenerse que este incumplimiento deliberado por el contratista puede revestir la suficiente gravedad como para afectar "de forma esencial" al contrato. De ser ello así, resultará difícil negar al subcontratista legitimidad para, primero, acudir a la Administración instando el cumplimiento de las garantías del art. 116 bis, y, en último término, ante la negativa o inactividad de ésta, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa».

La crudeza con que se defiende la supresión de la AD en el seno del contrato administrativo evidencia una escasa sensibilidad social o, dicho de otro modo, pone de manifiesto que la Administración general del Estado declara no estar en condiciones de asegurar el pago del precio del subcontratista y ello porque no está en condiciones siquiera de asegurar el pago en plazo del precio al contratista. Dice la Exposición de Motivos del Proyecto de ley antes referido que la supresión de la AD es debida a que: «... *excluyendo de forma expresa la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación para evitar las dudas suscitadas hasta este momento en la materia y obviar de este modo la posibilidad de que frente a la reclamación del subcontratista la Administración o el ente del sector público actuante tenga que tomar decisiones acerca de la procedencia del pago y de la cuantía del mismo que corresponden más propiamente a la Jurisdicción ordinaria*».

La opción que impulsa el legislador es totalmente contraria a la orientación que se defiende en este artículo. La erradicación de la AD se pretende para las AAPP y también para las Entidades Públicas Empresariales pero no se refiere a las Sociedades Mercantiles Públicas u otras personificaciones de derecho privado. Así se profundizará en las diferencias de régimen jurídico, ahora en aspectos singulares, entre las diferentes formas de personificación jurídica del sector público, lo que abunda en el marasmo regulador de la contratación pública en España.

Una adecuada integración regulatoria de todo el fenómeno de la subcontratación en el seno del contrato administrativo, incluyendo la acción para el cobro del precio en el plazo debido, favorecería una disminución de reclamaciones en sede judicial, lo cual siempre es de agradecer en los tiempos que corren en que la demora en los procesos judiciales pone en cuestión la propia función del sistema judicial en la protección auténtica de los derechos de los ciudadanos y en la obtención de una tutela judicial efectiva.

Considero, además, que debería actuarse en el sentido que propongo, por elementales consideraciones de protección de la pequeña y mediana empresa en el seno del contrato público. Sorprende leer inflamados alegatos de los Órganos consultivos o los encargados en dar orientaciones e instrucciones en materia de contratación pública, acerca de la necesidad de incorporación de las cláusulas sociales en el contrato público y, al mismo tiempo, un sospechoso silencio acerca de la protección activa del cobro del precio debido a subcontratistas y proveedores.

La denominación genérica de «cláusula social» exige una delimitación conceptual porque hoy sirve para identificar acciones de muy diferente signo. Así, creo que debería distinguirse entre acciones de política económica y acciones de política social. Estas últimas incorporarían todas las medidas legales encaminadas a potenciar, desde la contratación pública, las medidas de cohesión

social y democrática (igualdad de género, conciliación familiar, integración de sectores sociales excluidos...).

Las acciones de política económica en el seno del contrato público incorporarían, entre otras, la referente a la que se trata en este artículo. Pero previamente se requiere que haya una «política económica» a aplicar en el marco de la contratación pública, consensuada entre los agentes sociales, de forma que no se impulsen medidas que entren y salgan en la norma jurídica reguladora de los contratos públicos en función de las mayorías y minorías gubernamentales o que tengan como fundamento el puro oportunismo político para la obtención de réditos electorales.

Me parece fundamental la constitución de un Observatorio Estatal de la Contratación Pública que, entre otras funciones, tuviera la de generar debates entre todos los agentes implicados (empresarios, sindicatos, Organismos públicos, Comunidades Autónomas, Administración local) para generar acuerdos consensuados de medidas de carácter económico que incentiven el desarrollo productivo también desde el contrato público: medidas de fomento de contratación laboral de unas características determinadas, relación económica entre contratista y subcontratista, morosidad, etc. etc.

Creo que si no se procede de esta forma la inclusión de regulaciones concretas en los pliegos de los órganos de contratación bajo la denominación genérica de «cláusulas sociales» se acercará más a la ocurrencia o al oportunismo político que a la eficiente potenciación desde la contratación pública de objetivos de desarrollo económico sostenible (54).

(54) José María GIMENO FELLIÚ, «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», Thomson Reuters-Civitas, 1ª edición 2010, ha destacado (p. 21) que, «...los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios n las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes; quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras».

EL SISTEMA DE LICENCIAS ABIERTAS EN EL SECTOR PÚBLICO: EL TRÁNSITO AL MODELO INFORMACIONAL EN LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO(*)

JAVIER GUILLEM CARRAU

SUMARIO: I. LOS CONTENIDOS LIBRES Y EL MODELO INFORMACIONAL.– II. EL SISTEMA JURÍDICO ANTE LA CREACIÓN INTELECTUAL Y LA INNOVACIÓN: 1. El conflicto permanente entre protección de la innovación y fomento del desarrollo técnico-creativo. 2. Proteccionismo versus competitividad. 3. El mercado del conocimiento ante las TIC. 4. El reto jurídico de la gestión de soportes digitales.– III. EL DOMINIO PÚBLICO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LAS LICENCIAS ABIERTAS O LIBRES: 1. Bases teóricas de la protección de los bienes inmateriales. 2. la actividad creadora, la teoría del dominio público y la administración: A) Propiedad intelectual y Teoría del dominio público. B) Las licencias abiertas y la propiedad intelectual de titularidad pública o de los contenidos creados o adquiridos por la Administración. C) El concepto de licencia Creative Commons en el marco de Open Data: a) Origen de las Creative Commons. b) Objeto y clases de licencias Creative Commons. c) Encaje de las licencias Creative Commons y los derechos de autor.– IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL LUGAR DE LAS LICENCIAS CREATIVE COMMONS EN EL SECTOR PÚBLICO: 1. La Administración ante el mercado del conocimiento. 2. La reutilización de información del Sector Público. 3. La licencia– V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Los poderes públicos se encuentran en la compleja configuración del mercado del conocimiento ante el reto, entre otros, de la gestión de los soportes digitales que no puede quedar reducido a la lucha contra la piratería. El concepto de licencia abierta cumple, por su objeto y clases, una función de gran utilidad para el fomento de la reutilización de la información por el sector público así como para garantizar mayores cotas de transparencia y fomentar la innovación y la creatividad.

Palabras clave: licencias abiertas; sector público; gestión del conocimiento.

ABSTRACT: Nowadays, Governments have a challenge related to the management of digital contents that is not only concerning the fights against piracy. Open licences represents a useful tool in order to promote the information recycling and to grant higher rates of public transparency and to develop innovation and creativity.

Key words: open licences; public sector; knowledge management.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 14 de abril de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 5 de mayo de 2011.

I. LOS CONTENIDOS LIBRES Y EL MODELO INFORMACIONAL

Numerosos estudios se hacen eco de los cambios que se están produciendo actualmente en los modelos productivos, y fundamentalmente el decaimiento del modelo de la propiedad intelectual en favor del modelo informacional, que fomenta la puesta a disposición de contenidos y productos intelectuales «libres» pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público (2).

El concepto de licencias abiertas aparece asociado a estos movimientos con el fin de proporcionar licencias de uso, para los contenidos, basadas en la idea de que algunas personas pueden no querer ejercer todos los derechos de Propiedad Intelectual que le permite la ley. Las licencias están redactadas en varios idiomas y adaptadas a las diferentes legislaciones nacionales. Estas licencias están íntimamente relacionadas con el movimiento de Archivos Abiertos (OAI), se incluyen en los Repositorios Institucionales para que los autores cuando depositen sus documentos puedan elegir las condiciones de acceso y protección de su obra.

El debate es de gran actualidad y no se ha concretado una posición académica pacífica en torno a este proceso incipiente de aplicación del modelo informacional en el sector público.

Desde el punto de vista económico, el sector de la cultura o mercado de los contenidos está experimentando un gran desarrollo en la llamada Sociedad de la Información. En este mercado de contenidos, el elemento clave es la identificación de nuevas formas de gestión y entrega de los soportes que permitan a los consumidores e investigadores acceder a contenidos protegidos respetando plenamente los derechos de autor. En el ámbito de las Administraciones públicas, la complejidad de analizar esta cuestión radica en que se interconectan factores técnicos, como son la modernización de las Administraciones públicas y la adaptación de sus contenidos a los nuevos entornos de usuarios, y de política legislativa, como son las nuevas orientaciones en relación con la reutilización de la información que llegan desde las instituciones comunitarias.

Así, por un lado, con la aparición de las primeras licencias libres, aplicadas al software, el anglicismo copyright y su antagonista, el neologismo copyleft empezó a utilizarse en foros de debate y a aplicarse en el marco de los planes de modernización de las Administraciones públicas y de sus procesos de gestión, aunque sea sólo parcial o sectorialmente (3). Por otro

(2) <http://derecho-internet.org/proyectos/documentacion/kelsen/teoria/introduccion.html>, accesible el 3.11.2009.

(3) Véase, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, en el ámbito de la Conselleria de Educación, se ha desarrollado el proyecto lliurex, que recoge los resultados de los planteamientos desarrollados en los diversos Congresos de Software libre celebrados en la ciudad de Valencia, accesible todo ello en <http://lliurex.net/home/>.

lado, en el contexto de gestión de contenidos y conocimientos por la propia Administración, se interconectan las disposiciones relativas a la existencia de un dominio público sobre determinadas propiedades intelectuales y la utilización de las licencias abiertas o libres (tipo *Creative Commons*) como instrumento de reutilización de la información pública, por un lado, o de puesta a disposición de los contenidos de obras colectivas o individuales de carácter artístico o científico-académico, por otro (4).

II. EL SISTEMA JURÍDICO ANTE LA CREACIÓN INTELECTUAL Y LA INNOVACIÓN

1. El conflicto permanente entre protección de la innovación y fomento del desarrollo técnico-creativo

Este marco de intereses, bajo la tutela del derecho de la propiedad intelectual, se puede deducir del hecho personal, del hecho cultural y del medio normativo de la acción creadora, elementos todos ellos que no dejan de reflejar las dificultades derivadas de la inmaterialidad de estos derechos, sobre los que BAYLOS propone un tratamiento científico de síntesis, que permita su incorporación junto con otras instituciones a una disciplina jurídica nueva, que le proporcione lugar y encuadramiento propios, centrada en la competencia económica (5).

Por eso, debe destacarse la importancia de la regulación de las diversas disciplinas de propiedad intelectual como parte de un único sistema de inno-

(4) Como apunta BOYLE (2008). *The Public Domain*, accesible en <http://www.thepublicdomain.org/download/>, p. 179) el fenómeno del acceso libre a contenidos en internet es imparable y no tiene parangón hasta la fecha «...If you go to the familiar Google search page and click the intimidating link marked «advanced search,» you come to a page that gives you more fine-grained control over the framing of your query. Nestled among the choices that allow you to pick your desired language, or exclude raunchy content, is an option that says «usage rights.» Click «free to use or share» and then search for «physics textbook» and you can download a 1,200-page physics textbook, copy it, or even print it out and hand it to your students. Search for «Down and Out in the Magic Kingdom» and you will find Cory Doctorow's fabulous science fiction novel, online, in full, for free. His other novels are there too—with the willing connivance of his commercial publisher. Search for «David Byrne, My Fair Lady» and you will be able to download Byrne's song and make copies for your friends. You'll find songs from Gilberto Gil and the Beastie Boys on the same page. No need to pay iTunes or worry about breaking the law». Lo importante además no es que se pueda acceder y que se pueda imprimir, escuchar y reproducir sino que también permite cambiar, adaptar, customizar y mezclar a gusto del internauta «...All this copying and sharing and printing sounds illegal, but it is not (at least if you went through the steps I described). And the things you can do with this content do not stop with simply reproducing it, printing it on paper, or sending it by e-mail. Much of it can be changed, customized, remixed—you could rewrite the module of the class and insert your own illustrations, animate the graphs showing calculus in action, morph the photo into somethingnew».

(5) BAYLOS, H.: *Tratado de...*, p. 60.

vación y el examen del grado en el que las reformas en cada uno de estos sectores de este sistema promueven coherentemente el progreso cultural y el crecimiento de la inversión en investigación y desarrollo productivos.

A escala europea, el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea han considerado que, sin medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen. De ahí la importancia otorgada a la garantía efectiva del derecho sustantivo de propiedad intelectual en el acervo comunitario. Véase, por ejemplo, el considerando tercero de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (6).

2. Proteccionismo versus competitividad

No obstante, en el ámbito comunitario, parte de la doctrina ha criticado que la Comisión Europea, como sujeto legislador en la materia, ha llevado a la Unión por un camino de peligroso proteccionismo que amenaza con contener la, ya de por sí difícil, corriente del conocimiento (bancos de datos e información en términos que restringen, más que promueven, el trabajo de la ciencia de base, que es la verdadera fuente de riqueza en la economía del conocimiento, etc.) (7).

Opina este sector de la doctrina que mientras las condiciones pro-competitivas de un mercado europeo integrado son consideradas en la vieja economía sobre ejes tangibles, «...el excesivo proteccionismo que emana de Bruselas arroja una sombra en las perspectivas de crecimiento a largo plazo en una gran parte del mundo desarrollado. En cierta manera, la proliferación desequilibrada de derechos de la propiedad intelectual se ha convertido progresivamente en un cáncer para las economías de libre mercado en el mundo desarrollado, haciéndolas todavía más vulnerables ante los países en vías de desarrollo que son capaces de adoptar unos mínimos estándares de protección de la propiedad intelectual más competitivos» (8).

(6) Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE L 157 de 30.4.2004). Así, la Ley 19/2006, de 5 de junio por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitario [BOE 134/2005, de 6 de junio] contiene nuevas diligencias judiciales de carácter previo, medidas de aseguramiento de la prueba, mecanismos de reparación y ampliación del catálogo de acciones.

(7) REICHMAN, J.: «La guerra delle banche ...», p. 36; y con SAMUELSON, P.: «Intellectual Property Rights...», p. 51. (REICHMAN, J.: «From the Riders to Fair Followers...», p. 1 ; y «The TRIPS Agreement Comes of Age; Conflict or...», p. 72).

(8) REICHMAN, J.: «From the Riders to Fair Followers...», p. 1; y «The TRIPS Agreement Comes of Age; Conflict or...», p. 72.

Éste es el centro del debate actual en la materia de la protección del conocimiento, que se resume en la tensión entre las fuerzas centrípetas y centrífugas de proteccionismo y la liberalización para el fomento de la competitividad.

3. El mercado del conocimiento ante las TIC

Constituye una tarea difícil realizar consideraciones sobre las licencias abiertas sin una revisión de aquellos aspectos más singulares derivados de la aparición de las TIC en las sociedades democráticas avanzadas, con carácter general, y en el mercado del conocimiento, con carácter singular.

En el llamado mercado «de la cultura» o «de los contenidos» se comercializa el conocimiento como cualquier otro bien o servicio. Como señala la doctrina, las nuevas tecnologías y el desarrollo del entorno virtual ha permitido el incremento exponencial en los canales de distribución y la puesta a disposición de los consumidores y usuarios de estos bienes. La explotación de contenidos sometidos a las restricciones de la propiedad intelectual implica la necesidad de concesiones, cesiones, etc., que precisan de las consiguientes autorizaciones y licencias. Por ello, la complejidad en esta materia es máxima ya que la negociación se llevará a cabo bien de manera individual por el titular del derecho, bien por la intervención de una entidad de gestión, en diferentes mercados de producto, cuya definición es fruto de combinar los tipos de contenido y sus características (libros, fotografías, películas, canciones, etc.) (9).

Desde un punto de vista amplio, tecnología, gobernanza y transparencia pueden ser entendidos dentro del contexto de modernización e incorporación de las TIC a la actividad social. Desde la sociología, en sus consideraciones generales sobre la utilización de las nuevas tecnologías, Castells considera que la revolución de la tecnología de la información, debido a su capacidad de penetración en todo el ámbito de la actividad humana, constituye el punto de entrada para analizar la complejidad de la nueva economía, sociedad y cultura en formación. En este contexto, por un lado, la funcionalidad de la tecnología se concreta en la facilitación de la actividad relacional (10). Se habla entonces de la tecnología al servicio de las relaciones entre personas, órganos e instituciones y constituye, sin duda, uno de los elementos centrales de la sociedad en que vivimos. Por otro lado, la tecnología desempeña una función de apoyo al conjunto de herramientas que se ponen al servicio de los

(9) JIMÉNEZ SERRANIA, V.: «El conflictivo mercado de la gestión de los derechos de Propiedad Intelectual: notas sobre el informe de la Comisión Nacional de la Competencia acerca de la gestión colectiva», *Diario La Ley*, nº 7403, Sección Doctrina, 17 mayo 2010, año XXXI.

(10) CASTELLS, M. (1996): *La era de la información. La sociedad red*, vol.1, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, p. 35.

gestores públicos para optimizar sus procesos de producción, en este caso de gestión, de la propiedad intelectual (11).

En un marco de continuo desarrollo de las TIC, las licencias abiertas pueden constituir una mejora de la gestión del conocimiento por el sector público. La Administración propiamente dicha, y el sector público en general, recoge, produce, reproduce y difunde una amplia gama de información relativa a numerosos ámbitos, por ejemplo información social, económica, geográfica, meteorológica o turística y sobre empresas, patentes y educación. Incluso el legislador comunitario considera que la información del sector público constituye una materia prima importante para diversos productos y servicios de contenidos digitales y se convertirá en un recurso cada vez más importante con el desarrollo de los servicios inalámbricos de contenidos (12). Esto es, en términos de mercado, la Administración en su actuación genera una serie de *outputs* diferenciados que tendrán usos primarios y secundarios y un ámbito preferente de explotación (on line, presencial, etc.) con una amplia gama de derechos valorables económicamente y, por lo tanto, susceptibles de ser transmitidos o sujetos a licencia de uso.

Como es sabido, entre las ventajas de las nuevas tecnologías, puede señalarse que ayudan al funcionamiento de los procesos. Así, inciden en la rapidez de las comunicaciones, en el incremento de la información disponible y, en consecuencia, en la variedad, la especialización y el pluralismo de una sociedad. Su importancia es evidente en el fomento de la cultura participativa y en la remoción de los obstáculos derivados incluso de situaciones de incapacidades, etc. (13).

No obstante, es notorio que la introducción de las TIC en el ámbito de la propiedad intelectual, tampoco es un panorama exento de riesgos. Entre los riesgos asociados a esta evolución, se han descrito los riesgos de seguridad y la piratería; la despersonalización ya que el tecnicismo de las tecnologías tiene poco que ver con el subjetivismo de la dialéctica y la relación social; la reducción de la participación en el sistema a la élite «informatizada» y el

(11) PALOMAR OLMEDA, A.: «Un paso más en la aplicación de la tecnología en el procedimiento administrativo: hacia un procedimiento administrativo común de base tecnológica», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, 2003, p. 92 y 93.

(12) Apartado (5) de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

(13) Entre otros, véase: AUSTRALIAN GOVERNMENT Information Management Office (2003): *EGovernment Benefits Study* (2006) y *e-Government Strategy: Responsive Government: A New Service Agenda.*, disponibles en <http://www.agimo.gov.au/publications/2007>; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: «La aprehensión jurídica de la democracia y el gobierno electrónicos» en COTINO HUESO, L. (Coord.): *Libertad, democracia y gobierno electrónicos*, Editorial Comares, 2006, p. 138 y ss.; RUIZ MIGUEL, C.: «(2007): «La Libertad política en la democracia electrónicamente influida» en COTINO HUESO, L. (coord.): *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 50.

acrecentamiento de la brecha digital; la fragmentación del discurso de los autores y el antagonismo en la percepción de la sociedad; y el mito orwelliano del control permanente y total de la ciudadanía (14).

Por ello, deben ser objeto de especial atención, ante las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación en facetas tan concretas como interlocución con los actores del sistema, tanto el acceso libre como los límites de las nuevas tecnologías a través de los diversos tipos de licencias de uso, etc.

En definitiva, aunque las tecnologías de la información tienen un potencial genuino para incrementar la transparencia y la capacidad de respuesta del sistema, si no se emplean con sabiduría pueden llevar a situaciones de gran cinismo. Por ello, deben sopesarse los beneficios potenciales de las tecnologías de la información frente a sus eventuales riesgos antes de decidir al respecto (15).

En conclusión, el mercado del conocimiento encuentra en las TIC un potencial revulsivo de doble efecto, con beneficios y contradicciones.

4. El reto jurídico de la gestión de soportes digitales

En el marco de las TIC, la gestión del conocimiento encara como desafío jurídico-económico la gestión de los soportes digitales. La cuestión es encontrar nuevas formas de gestión y entrega de los soportes que permitan a los consumidores e investigadores acceder a contenidos protegidos respetando plenamente los derechos de autor.

Este debate está de actualidad plena en la UE, donde la Comisión Europea adoptó el *Libro Verde sobre Derechos de autor en la economía del conocimiento* con el fin de iniciar un proceso para recabar los puntos de vista de los investigadores sobre las nuevas formas de entrega de los contenidos digitales (16).

(14) Entre otros, véase: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: «La aprehensión jurídica...», p. 141 y ss.; RUIZ MIGUEL, C.: «La Libertad política en ...», p. 49.

(15) PARLIAMENT OF CANADA (2006): *How can information technology transform the way Parliament works?*, PRB 00-28E, Revised 2, October 2006, p. 13

(16) En el ámbito comunitario, se ha iniciado un proceso de revisión de la normativa existente en torno a los llamados derechos de autor. Señala la Comisión Europea que la expresión «economía del conocimiento» se emplea generalmente para describir la actividad económica que no se basa en recursos «naturales» (como el suelo o los minerales), sino en recursos intelectuales, como los conocimientos técnicos y especializados. Un aspecto clave de la economía del conocimiento es la posibilidad de tratar el conocimiento y la educación (también denominados «capital humano») como activos comerciales o productos y servicios educativos e intelectuales, que pueden exportarse con una gran rentabilidad. Obviamente, la economía del conocimiento es más importante en las regiones con escasos recursos naturales. [Bruselas, 16.7.2008, COM(2008) 466 final].

La Comisión considera que «un nivel elevado de protección de los derechos de autor es esencial para la creación intelectual» y que las medidas de protección «relativas a los derechos de autor responden también al imperativo de estimular el progreso y la innovación» (17).

La legislación vigente en materia de derechos de autor ha procurado tradicionalmente encontrar el equilibrio entre la compensación por las inversiones y creaciones del pasado y la difusión futura de los productos del conocimiento, introduciendo una lista de excepciones y limitaciones que afectan a determinadas actividades concretas relacionadas con la investigación científica, las actividades de las bibliotecas y las prerrogativas para facilitar el acceso a los contenidos a las personas con minusvalías. A este respecto, la Directiva 2001/29/CE incluye una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones. No obstante, estas excepciones no son obligatorias para los Estados miembros y cuando las han adoptado a nivel nacional, a menudo las han formulado de manera más restringida que en la Directiva (18).

Considera la Comisión Europea que la Directiva ha armonizado el derecho de reproducción, el derecho de comunicación al público, el derecho de puesta a disposición del público y el derecho de distribución. El principio básico del esfuerzo de armonización era ofrecer a los titulares de los derechos un elevado nivel de protección, por lo que el alcance de los derechos exclusivos se definió de manera muy amplia. Algunos interesados ponen en duda que la introducción de derechos exclusivos se traduzca en una distribución justa de los ingresos entre todas las categorías de titulares de derechos. Es público que los autores (por ejemplo, compositores, directores de película y periodistas) y, en particular, los artistas intérpretes o ejecutantes sostienen que no han obtenido ingresos importantes por ejercitar el nuevo derecho de «puesta a disposición» en relación con la explotación en línea de sus obras.

(17) Para la Comisión Europea los derechos de autor garantizan el mantenimiento y el desarrollo de la creatividad en interés de los autores, los productores, los consumidores y el público en general. Se necesita un sistema riguroso y eficaz de protección de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, con el fin de que autores y productores reciban una compensación por su labor creativa y para animar a productores y editores a invertir en actividades de creación (véanse los considerandos 10 y 11 de la Directiva).

(18) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DO L 167 de 22.6.2001, p. 10. En 2007 la Comisión publicó un informe en el que evaluaba cómo han transpuesto los Estados miembros los artículos 5, 6 y 8 de la Directiva y cómo los han aplicado los órganos jurisdiccionales nacionales, véase *Report on the application of the Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2001/29/EC)*, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm. En nuestro ámbito, son de referencia los artículos 31 y siguientes del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Además de adaptar los derechos exclusivos al entorno en línea, desde el punto de vista de la Comisión, la Directiva introdujo una lista exhaustiva de excepciones a la protección de los derechos de autor, pese a que no existía ninguna obligación internacional en este sentido. El motivo principal fue al parecer el deseo de limitar la capacidad de los Estados miembros de introducir nuevas excepciones o de ampliar el ámbito de las existentes más allá de lo permitido en el marco de la Directiva. En el proceso legislativo, los Estados miembros fueron introduciendo gradualmente la lista actual de excepciones, que incluye una excepción obligatoria y 20 excepciones facultativas.

En todo caso, la Comisión considera que las condiciones de aplicación de las excepciones están formuladas en términos bastante generales. Puede decirse que el enfoque elegido por los redactores ha dejado a los Estados miembros un amplio margen de maniobra a la hora de aplicar las excepciones previstas en la Directiva. Aparte de la excepción relativa a la reproducción transitoria, las legislaciones nacionales pueden ser más restrictivas que la Directiva en cuanto al alcance de las excepciones. La lista de excepciones que contiene la Directiva ha conseguido cierto grado de armonización: al existir una lista exhaustiva de excepciones, los Estados miembros no pueden mantener o introducir excepciones que no figuren en la lista.

Además, de conformidad con el artículo 5, apartado 5, de la Directiva, las excepciones y limitaciones contempladas en la misma únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. Esta disposición se conoce como la «prueba del criterio triple» (19).

Sobre la base de estas afirmaciones, la Comisión ha planteado en el Libro Verde si deberían fomentarse los acuerdos contractuales entre los titulares de derechos y los usuarios en cuanto a la aplicación de las excepciones a los derechos de autor, o elaborarse directrices al efecto. En el Libro Verde, la Comisión ha formulado una segunda cuestión relativa al fomento de los acuerdos contractuales o de elaboración de directrices o modelos de licencias para dichos acuerdos, entre los titulares de derechos y los usuarios sobre otros aspectos no cubiertos por las excepciones a los derechos de autor.

(19) La formulación del artículo 5, apartado 5, refleja las obligaciones internacionales de la Comunidad en el ámbito de los derechos de autor y los derechos afines. La prueba del criterio triple figura en términos similares en el artículo 9, apartado 2, del Convenio de Berna y, sobre todo, en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio («Acuerdo sobre los ADPIC»), de los que es parte la Comunidad. Así pues, esta prueba forma parte integrante del marco internacional de los derechos de autor que la Comunidad y sus Estados miembros están obligados a respetar. Se ha convertido en una referencia para todas las limitaciones de los derechos de autor.

En definitiva, la Comisión plantea en el Libro Verde si resulta adecuado un enfoque basado en una lista de excepciones no obligatorias, habida cuenta del carácter evolutivo de las tecnologías de Internet y las actuales expectativas económicas y sociales con el fin de sugerir si deberían ser obligatorias algunas categorías de excepciones para reforzar la seguridad jurídica y mejorar la protección de los beneficiarios de las mismas.

En este contexto, el Libro Verde se centra en las excepciones de los derechos de autor que más afectan a la difusión de conocimientos, como son la excepción en beneficio de bibliotecas y archivos (20), la excepción que autoriza la difusión de obras con fines educativos y de investigación (21), la

(20) Señala la Comisión que por lo que se refiere a las bibliotecas y otros establecimientos similares, se han planteado dos problemas fundamentales: la producción de copias digitales de materiales pertenecientes a las colecciones de las bibliotecas y la entrega electrónica de estas copias a los usuarios. La digitalización de libros, material audiovisual y otros contenidos puede responder a un doble propósito: preservar el contenido para las generaciones futuras y ponerlo a disposición de los usuarios finales en línea. El marco jurídico vigente no contempla una excepción general al derecho de reproducción en favor de las bibliotecas o los archivos. Las reproducciones solamente se autorizan en casos específicos, entre los que posiblemente se incluirían algunos actos necesarios para la conservación de obras pertenecientes a los catálogos de las bibliotecas. Por otra parte, la excepción en beneficio de las bibliotecas y las normas nacionales de aplicación no son siempre claras en aspectos como la conversión de formatos o el número de copias que pueden hacerse al amparo de esta excepción. Las disposiciones de aplicación a este respecto se derivan de decisiones políticas legislativas adoptadas a nivel nacional. Algunos Estados miembros adoptan normas restrictivas sobre las reproducciones que pueden hacer las bibliotecas. Estos últimos años, a las bibliotecas y otros establecimientos de interés general les interesa cada vez más no solo conservar (digitalizar) las obras, sino también hacer sus colecciones accesibles en línea. Según las bibliotecas, en ese caso los investigadores ya no tendrían que desplazarse a las bibliotecas o a los archivos y podrían fácilmente encontrar y consultar la información que necesitan en Internet. Asimismo, los editores señalan que están digitalizando sus propios catálogos con objeto de crear bases de datos interactivas en línea donde este material pueda consultarse fácilmente desde el ordenador del usuario¹¹. Estos servicios requieren el pago de una cuota de suscripción, afirma la Comisión.

(21) La Comisión parte de la constatación fáctica de que tanto los profesores como los estudiantes recurren cada vez más a la tecnología digital para acceder o difundir materiales educativos. El uso del aprendizaje en línea representa actualmente una parte importante de las actividades curriculares normales. Si bien la difusión de materiales educativos en línea a través de la red puede incidir positivamente en la calidad de la enseñanza y de la investigación en Europa, también puede entrañar un riesgo de infracción de los derechos de autor cuando la digitalización o la puesta a disposición de copias de los materiales de investigación y estudio están protegidas por derechos de autor. La excepción del interés general con fines educativos y de investigación se concibió para conciliar los intereses legítimos de los titulares de los derechos con el objetivo más general del acceso a los conocimientos. La Directiva sobre derechos de autor permite a los Estados miembros establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación al público «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor». Esta excepción se ha aplicado muchas veces en sentido estricto y no cubre el aprendizaje a distancia o a domicilio basado en Internet. Asimismo, con frecuencia la

excepción en favor de personas con minusvalías (22); y una posible excepción para contenidos creados por el usuario.

En su reflexión sobre la excepción por fines educativos, la Comisión europea vuelve a plantear la cuestión de la búsqueda de licencias al preguntar si debería la comunidad científica y de investigadores participar en regímenes de concesión de licencias con los editores para mejorar el acceso a las obras con fines educativos o de investigación. Ajena en apariencia al movimiento *Open Data*, la Comisión solicita conocer ejemplos satisfactorios de regímenes de concesión de licencias, que permitan el uso en línea de obras con fines educativos o de investigación.

Por último, la Comisión introduce el debate sobre los contenidos puestos en línea por los usuarios de la red. Actualmente, la Directiva no contiene una excepción que permita la utilización de los contenidos existentes protegidos por derechos de autor para crear obras nuevas o derivadas. Acertadamente, la Comisión ha identificado que los consumidores son no solo usuarios, sino también, y cada vez más, creadores de contenidos. La convergencia favorece el desarrollo de nuevas aplicaciones basadas en la capacidad de las TIC para implicar a los usuarios en la creación y la distribución de contenidos. Las aplicaciones Web 2.0, como los blogs, podcasts, wikis, o las webs de vídeos compartidos, permiten a los usuarios crear y compartir fácilmente textos, vídeos o imágenes, y desempeñar un papel más activo y participativo en la creación de contenidos y la difusión de conocimientos. Sin embargo, existe una diferencia importante entre los contenidos creados por los usuarios y los contenidos existentes que los usuarios se limitan a cargar y que normalmente están protegidos por derechos de autor.

excepción solo se aplica a la copia de extractos de material de investigación y no a toda la obra. En ocasiones, los Estados miembros han optado por una excepción limitada a los fines educativos, no aplicable a la investigación.

(22) Considera la Comisión que las personas con minusvalías deberían tener la oportunidad de beneficiarse de la economía del conocimiento. Para ello, no solo necesitan acceder físicamente a los centros de enseñanza o a las bibliotecas, sino también tener la posibilidad de acceder a las obras en formatos que se adapten a sus necesidades (por ejemplo, Braille, caracteres grandes, audiolibros y libros accesibles vía electrónica). La Directiva contiene una excepción al derecho de reproducción y al derecho de comunicación al público en beneficio de las personas con minusvalías. Aunque todos los Estados miembros han aplicado esta excepción, en algunas legislaciones nacionales se ha limitado a determinadas categorías (por ejemplo, las personas con deficiencias visuales). Algunos Estados miembros exigen el pago de una compensación a los titulares de los derechos por el uso de sus obras en el marco de la excepción. Una cuestión que preocupa en general a las personas con minusvalías es el coste, en términos de tiempo y dinero, que supone la puesta a disposición de copias de libros que solo existen en formato papel o en un formato digital que no es fácilmente convertible a Braille. Los titulares de derechos creen que debe garantizarse una protección adecuada contra la piratería y el uso indebido, especialmente por lo que se refiere a la entrega de formatos digitales, que son fáciles de reproducir y de divulgar inmediatamente en Internet.

En nuestro ámbito, ha sido la Comisión Nacional de la Competencia quien ha apostado por recomendar una revisión integral de la Ley de Propiedad Intelectual en materia de gestión colectiva. En aras de introducir competencia, se propone una apuesta por la libertad de gestión, resultando imprescindible erradicar el intervencionismo administrativo. La reciente reforma legislativa conocida como la «Ley Sinde» incorporada a la Ley de Economía sostenible parece que no ha tenido estas recomendaciones en cuenta (23).

En este contexto, el Libro Verde de la Comisión parece marcar la pista de los retos jurídicos de la gestión de los contenidos digitales, pero no define claramente una armonización estricta a escala comunitaria.

III. EL DOMINIO PÚBLICO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LAS LICENCIAS ABIERTAS O LIBRES

Como es conocido, en el Ordenamiento jurídico vigente se establecen las bases que han permitido la afirmación de la existencia de un dominio público sobre determinadas propiedades intelectuales e industriales. La regulación sobre Propiedad Intelectual protege las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas en cualquier medio. La obra está protegida por el solo hecho de su producción no es necesario inscribirla en el registro de la Propiedad Intelectual, pero la inscripción en el Registro ofrece la ventaja de proporcionar una prueba de que los derechos inscritos existen y que pertenece a un titular la reserva de derechos.

La expresión «propiedad intelectual e industrial» nos evoca esencialmente el derecho exclusivo a utilizar una marca, un diseño, un modelo o una patente y, en general, todo signo distintivo que permita ser identificado por el consumidor. En este contexto, las expresiones «propiedad industrial» y «propiedad intelectual» encierran una subdivisión en materia de derechos intelectuales en dos grandes rúbricas: de un lado, el derecho de autor o propiedad intelectual, literaria o artística; de otro, el derecho del inventor, del creador de dibujos y modelos y del usuario de signos distintivos de carácter mercantil, o propiedad industrial.

La expresión propiedad intelectual refleja la posición de los iusnaturalistas revolucionarios del siglo XVIII al proclamar el derecho de autor como una de las propiedades más legítimas y naturales y aún de los iusnaturalistas anteriores que desde el siglo XVII llaman al autor propietario. La expresión suscita en la doctrina alemana un doble recelo: de un lado, la resistencia a admitir que el derecho de autor sea un derecho de propiedad; de otro, ante el significado puramente

(23) COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: Informe sobre la gestión colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, 19.1.2010, disponible en www.cnc.es.

patrimonialista del término propiedad, frente al término *Urheberrecht* o derecho de autor cuyo contenido está integrado por una serie de facultades no sólo de índole patrimonial, sino también personal y moral. El derecho anglosajón utiliza normalmente el término de *intellectual rights*. En cuanto a la propiedad industrial, se suscitan divergencias análogas. Aquí se contraponen una denominación tan cargada de significados, tanto históricos como culturales, la francesa *propriété industrielle*, introducida por la primera Ley moderna de patentes de 7 de enero 1971 a la germánica *gewerblicher Rechtsschutz* o protección jurídica industrial, que es ciertamente mucho más ambigua y genérica y cuya aceptación no presupone tomar partido a favor de una posición doctrinal determinada. Tampoco es frecuente la inglesa *industrial property* (24).

Como señala Galán, los planteamientos doctrinales, conscientes de las diferencias entre propiedad industrial y propiedad intelectual, propugnan su estudio paralelo bajo una denominación que adiciona ambos sectores en una categoría unitaria, por ejemplo, al modo de los tratados internacionales sobre la materia (25).

Frente a este concepto de propiedad intelectual, GARCÍA VIDAL destaca que la doctrina y la jurisprudencia contraponen el de dominio público porque lo más habitual es utilizar la noción de dominio público por oposición a los derechos de propiedad industrial, englobando en ella todos los bienes que no están protegidos por derechos de propiedad industrial y que, por lo tanto, son libremente utilizados por cualquiera, al no gozar nadie de un derecho de exclusiva sobre los mismos porque nunca han estado protegidos o su protección por medios de la propiedad intelectual ha finalizado (26).

1. Bases teóricas de la protección de los bienes inmateriales

Tras la teoría de los bienes inmateriales, como primer intento de profundizar en el sentido de las creaciones intelectuales y de las concepciones aplicables a la industria y al comercio en cuanto objeto de protección jurídica, la Teoría de los Signos distintivos tiene la virtud de contemplar la función suspensiva de la competencia de los signos distintivos y de permitir una comprensión conjunta de la misma sin dividir en facultades personales y patrimoniales (27).

(24) BAYLOS, H.: *Tratado de Derecho Industrial*, Tecnos, 1978, p. 73.

(25) GALÁN CORONA, E. (coord. por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 56.

(26) GARCÍA VIDAL, A.: «Bienes públicos, bienes inmateriales y propiedad industrial», en PAREJO ALFONSO/PALOMAR OLMEDA, *Derecho de bienes públicos*, Tomo II, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 466.

(27) Entre otros: BAYLOS, H.: *Tratado de ...*, p. 105; BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 50; GONDRA ROMERO, J. M^o: «Teoría General de los signos de empresa», en la obra colectiva *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, coord. Pro Juan Luis IGLESIAS DE PRADA, Tomo I, Civitas, 1996, p. 852.

Entre las teorías sobre la naturaleza jurídica de las instituciones objeto de estudio pueden distinguirse las teorías monistas, que consideran prioritario unificar todas las facultades del titular del derecho, y las teorías dualistas, que distinguen entre los aspectos morales y patrimoniales del titular del derecho sobre la creación.

De este modo, por un lado, las teorías monistas parten de la necesidad de constituir, como manifestaciones de un derecho unitario, todas las facultades que corresponden al titular, tanto en el orden personal como en el económico. El derecho en cuestión se configura con una doble composición de facultades personales y patrimoniales. En este sentido, desde la teoría del derecho de la personalidad, se postula que las facultades le corresponden al autor por derivación de su personalidad y de este aspecto moral derivan el resto de facultades. Algún sector de la doctrina, considera complementarios los aspectos patrimoniales, es decir, como relaciones económicas complementarias al derecho. Las críticas a esta postura doctrinal de carácter monista se centran en que ésta actúa como quebradora de la clasificación de los derechos en patrimoniales y extrapatrimoniales y que no tiene en cuenta que la personalidad y, por ende, aquello que se le asocie, goza de las características de imprescriptible e inalienable (28).

Por otro lado, se entiende por doctrina dualista toda aquella teoría que escinde el derecho sobre creaciones intelectuales en dos tipos de derechos diferentes, que no deben ser confundidos, aunque manifiestan una interferencia recíproca: derecho moral y derecho patrimonial, despreocupándose del derecho moral —personal, ilimitado e inalienable— y reduciendo sus consideraciones al derecho patrimonial —transmisible y temporalmente limitado. Así, se reconoce el derecho patrimonial del creador como un derecho absoluto sobre un *quid externus*, parecido al derecho de la propiedad pues recae sobre un objeto autónomo. Los cuestionamientos de esta afirmación consisten en la susceptibilidad de la creación intelectual para constituirse, en si mismo, como un objeto jurídico autónomo pues cumplen los requisitos básicos para ello: individualizables, valubles económicamente y apropiables económicamente.

En primer lugar, en el marco de las teorías dualistas conviene referir aquellas teorías que parten del derecho patrimonial del creador como derecho absoluto sobre un algo externo. En este contexto, se desarrollan las teorías del derecho de propiedad, la teoría del derecho sobre bienes inmateriales y la teoría de los derechos intelectuales.

(28) Entre otros, véase: BAYLOS, H.: *Tratado de...*, p. 459; FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *Tratado sobre...*, p. 30; LACRUZ BERDEJO, J.L.: (coord. por BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.) en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 30.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho de propiedad, entendiendo la propiedad en sentido elástico, estos derechos están cercanos al derecho de propiedad; es decir, como carácter arquetípico para señalar cualquier género de dominio sobre un bien exterior al sujeto y que necesita de una expresión exterior para la determinación de la relación de pertenencia del sujeto y su obra, el derecho intelectual se configura como un derecho de propiedad. Esta teoría ha sido cuestionada sobre numerosos argumentos de entre los que sobresalen el carácter negativo y excluyente del dominio del signo distintivo respecto al de la propiedad, la temporalidad frente a la perpetuidad, la categorización frente a la individualización, la ausencia de facultades de goce y disfrute y la ausencia de inmediatez de derecho-objeto.

En cambio, la teoría del derecho sobre bienes inmateriales configura los derechos intelectuales como una categoría nueva junto a la propiedad, que se describe por un señorío sobre el bien de carácter autónomo, independiente del sujeto, y que se circunscribe únicamente al derecho de carácter patrimonial que posee el autor para la explotación económica de su obra (29).

Sobre las críticas a las teorías mencionadas aparecen las tesis sostenidas por los partidarios de la teoría de los derechos intelectuales. Ante la insuficiencia de las categorías existentes (reales, personales y familia), la de los derechos intelectuales comprende aquellos derechos que aúnan un elemento personal y otro patrimonial y cuyo reconocimiento permitiese proteger los productos de la inteligencia humana y a sus titulares (autor, inventor, usuario de signo distintivo) (30).

En segundo lugar, siguiendo a BAYLOS, en el marco de las teorías dualistas sobre la naturaleza jurídica de los signos distintivos del comercio, conviene referirse a las teorías que parten del derecho patrimonial del creador como derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica. El reconocimiento del derecho patrimonial del creador como derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica ha sido desarrollado por las teorías del derecho a la no imitación, de los derechos de clientela y de los derechos de monopolio. En este contexto, la Teoría del derecho a la no imitación parte de la idea de que la ley no crea un monopolio al titular del derecho sobre el signo distintivo sino que concede a dicho sujeto la facultad de disfrute de una cosa determinada, esto es, que no consiste en la posibilidad de poseer con carácter exclusivo de un determinado objeto sino en la de impedir a otros que posean objetos semejantes o análogos. Además, la exaltación de la función económica de las instituciones, su utilidad y su contenido patrimonial, en el contexto de la teoría de los derechos de clientela, determina que la necesidad de obtener benefi-

(29) FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *Tratado sobre...*, p. 33

(30) BAYLOS, H.: *Tratado de ...*, p. 428.

cios en la concurrencia económica se manifieste en una tendencia constante a la obtención de clientela ya sea por medio de bienes materiales como las invenciones, ya sea con la ayuda de un bien inmaterial como la marca o el rótulo. La protección de dichos derechos queda vinculada a la aparición de circunstancias económico-sociales determinadas. Estos derechos no podrán ser reconocidos sino en una sociedad en la que la competencia produce valores económicos y el régimen de libre mercado alumbra una riqueza nueva, que es la que se deriva de la captación del cliente. Precisamente, el derecho sobre el signo distintivo surge cuando la libertad se sustituye por la exclusividad, constituyéndose como derechos frente a los rivales, no frente al consumidor. Esta tesis ha sido muy criticada pues la clientela es un *aleas* inestable sobre la que es difícil fundar derecho alguno.

Por último, entre las teorías que encuadran a los signos distintivos como derechos patrimoniales del creador de los mismos, consistentes en el derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica hallamos la teoría de los derechos de monopolio. Desde la teoría de los derechos de monopolio, los derechos de la propiedad intelectual se traducen en una situación de monopolio en cuanto incluyen un efecto suspensivo de la competencia. Este monopolio económico que se constituye en categoría jurídica es similar a los antiguos privilegios de impresión pero no graciables y constituidos de acuerdo a la ley.

2. La actividad creadora, la teoría del dominio público y la administración

Las Administraciones públicas desarrollan una actividad creadora en soporte papel o electrónico, bien de contenidos propios bien de contenidos adquiridos o cedidos por terceros. Estos contenidos surgen de la actividad propia (o de la identificada «de fomento») de la Administración en el ámbito de los contenidos y de la propiedad intelectual, un conjunto de derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) y de mera remuneración (derecho de participación en obras plásticas, derecho de compensación por copia privada y la compensación por usos secundarios de comunicación pública) que han de ser gestionados por la Administración sin que el bien en cuestión, en este caso derecho de propiedad intelectual, pierda su condición de formar parte del dominio público y que, en su caso, la utilización por un sujeto no impide su uso por otros.

Respecto a los derechos de explotación, es conocido que en nuestro Ordenamiento para poder explotar un determinado tipo de contenido será necesario recabar las autorizaciones o cesiones pertinentes, respecto a los diferentes derechos que concurren sobre los mismos. De este modo, se generan una serie de productos para «un mercado del conocimiento», cuyas caracterís-

ticas se abordan seguidamente. En este contexto, desde principios de 2003, los autores disponen del mecanismo de cesión legal de derechos sobre sus creaciones, de las licencias abiertas que han representado un replanteamiento del sistema general de derechos de autor (31).

Teniendo presente el criterio de la rentabilidad y el principio de explotación de activos y de eficiencia en la gestión de los recursos públicos, las Administraciones Públicas se encuentran en la actualidad con la encrucijada de decidir que modelo de tratamiento de la información y de los contenidos propios deciden desarrollar, bien fortaleciendo el modelo de propiedad intelectual clásico, bien facilitando el tránsito al modelo informacional.

En dicho marco, independientemente del modelo que se adopte, sigue vigente la teoría del dominio público que se constituye en base jurídica de la autonomía funcional de decisión de cada Administración en el ámbito de sus actuaciones en materia de propiedad intelectual.

A) Propiedad intelectual y Teoría del dominio público

Así, en el contexto de una sistematización general de la Administración pública en el seno del Estado social, la doctrina sitúa la naturaleza del dominio público en el ámbito de las prestaciones propias de la asistencia vital de la Administración, que abre o construye bienes a la utilización colectiva, efectuando una labor prestacional que palie las carencias del individuo (32).

En nuestro Orden constitucional, el dominio público se define como un régimen demanial que comporta la titularidad pública de los bienes sobre los que recae, quedando éstos sujetos a un régimen exorbitante en comparación con la propiedad privada, caracterizado por su exclusión del comercio y su afectación o vinculación finalista. Señala BLANQUER CRIADO que, en España, el criterio casi uniforme hasta la década de 1970 fue la concepción del dominio público como propiedad administrativa pero a partir de entonces se fue abriendo camino la concepción del dominio público como un título de atribución de potestades administrativas, tesis que el Tribunal Constitucional ha hecho suya (33).

(31) LABASTIDA I JUAN, I.: «Les llicències de *Creative Commons* a l'Estat espanyol», *Bid*, Textos Universitaris de biblioteconomia i documentació, n° 15, desembre 2005.

(32) Y, como oportunamente apunta Forsthoff distinguiendo entre «espacio vital efectivo» y «espacio vital dominado» (véase: FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, p. 478).

(33) Destaca BLANQUER CRIADO que la Sentencia del TC 227/1988 declara que «...en efecto la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico "iure privato". El bien público es así una res

La doctrina mayoritaria entiende que el dominio público al que se refiere la Constitución española tiene en el Derecho vigente una configuración determinada por un conjunto de legislación positiva, claramente dentro de la tradición latina, y por una doctrina jurisprudencial y dogmática definida (34).

Fernández González extrae los siguientes elementos de la definición de dominio público: el dominio público supone una relación de propiedad; se trata de propiedades administrativas, o propiedades especiales, con notas que las separan de la propiedad común; pues son bienes cuyo titular es una Administración pública; se trata de bienes que están formalmente afectados a la utilidad pública; están sometidos a un régimen jurídico especial caracterizado por la intransferibilidad (35).

extracommercium y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante la concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil)» (véase: BLANQUER CRIADO, D.: Derecho Administrativo, 2 Los sujetos, la actividad y los principios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1045).

(34) La naturaleza jurídica del dominio público es para NIETO GARCÍA «uno de los torneos dogmáticos más persistentes de la cultura jurídica europea» (véase: NIETO GARCÍA, A.: «La nueva regulación de los bienes comunales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 233, enero-marzo 1987, p. 14). Señala SAINZ MORENO que a la situación actual se ha llegado a lo largo de un proceso histórico cuyos orígenes pueden situarse en la clasificación romana de las cosas (*suma divisio rerum*) en cosas que se encuentran en el comercio de los hombres (*res intra commercium*) y cosas que están fuera del comercio (*res extra commercium*), bien por el derecho divino (*res sacrae, res religiosae, res sanctae*) bien por el derecho humano (*res publicae, res universitates, res communes omnium*). Esta distinción ha seguido en cada uno de los países del continente europeo una evolución diferente, aunque, sin embargo, la situación actual presenta entre todos ellos puntos de coincidencia notables cuando no compensables (véase: SAINZ MORENO, F.: «El Dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la Fundación de la RAP», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, sept/dic 1999, p. 481 y 513). En contra de dicha compensabilidad, González García considera que las soluciones que se pueden encontrar en el Derecho alemán no son trasladables, sin más, al Derecho francés o al español, ni al contrario. Este autor apunta que entre los Ordenamientos jurídicos de raíz romanista si es posible apreciar —debido a que la propia institución del dominio público tenga dicho origen— una notable influencia de los términos del debate acerca del carácter que tiene el *domaine publique* francés. Para González García, esta influencia se manifiesta tanto en la posición de signo antipropietarista mantenida en el país vecino a lo largo del siglo XIX como en el cambio habido, tanto aquí como allí, debido a la autoridad de Hauriou, que la decantó hacia un lado de la balanza, considerando el dominio público como propiedad administrativa y no como una forma más del derecho de propiedad. Desde la aprobación de la Constitución en nuestro país se está inclinando la balanza con imparable rapidez en contra de la formulación que ha resultado prácticamente unánime durante mucho tiempo, la que consideraba que el dominio público era una forma de propiedad. Así, entre otros, el artículo 132 de la Constitución reconoce la existencia de una categoría de bienes públicos a la que denomina dominio público (véase GÓNZALEZ GARCÍA, J.V.: *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 35 y ss., 104 y ss.).

(35) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J.: «El Dominio Público», en *Lecciones de Dominio Público*, dir. BOCANEGRA SIERRA, R., Editorial Colex, 1999, p. 18 y 39.

No obstante, sostiene el autor, las peculiaridades del régimen jurídico del dominio público estricto aparecen en cada uno de los elementos citados, constituyendo precisamente lo que imposibilita la configuración de una «teoría general del dominio público», y menos aún que ésta estuviera edificada sobre los principios generales que recoge el artículo 132 de la Constitución (36).

Así, frente a la mayoría de nuestra doctrina que tiende a estudiar el dominio público desde la óptica de las Instituciones de derecho privado, parte de la doctrina tiende a incluir el mismo como un conjunto de bienes destinados directamente a una función pública, que se constituyen en instrumento y contenido de la misma y que quedan inaccesibles a los sujetos privados.

Para FONT I LLOVET, la institución del dominio público se caracteriza, entre otras notas, por el hecho de referirse a bienes que son inapropiables dominicalmente pero accesibles e utilizables por los ciudadanos, por la colectividad, ya sea directamente en supuestos de uso público, ya sea indirectamente en los casos de afectación a un servicio público a través del acceso a la prestación del servicio. En este sentido, el dominio público juega el papel de representar un instrumento de participación o acceso a lo público, sin que en nada padezca dicho carácter público, puesto que por definición no puede haber apropiación, sino que, bien al contrario, el mayor uso y, en definitiva, la total accesibilidad o participación social en la utilidad proporcionada por el bien público no hace nada más que corroborar tal naturaleza pública. Por ello, no basta, señala la doctrina, que un bien recaiga en la titularidad de una Administración para entender cumplida plenamente su función pública y satisfecha la obligación prestacional de ésta. Deben producirse además todas aquellas circunstancias de integridad material y de gestión eficiente de los bienes y recursos que requiere y exige su efectiva y real, no meramente formal, afectación. De este modo, cristaliza la participación social en la utilidad proporcionada por el bien público, tanto en los medios como en el resultado del proceso económico. Se destaca que el dominio público es, por tanto, un ámbito exento de la propiedad privada siendo de gran relevancia el régimen constitucional sobre la toma de decisiones en esta materia, entre otras causas, por la expresa sujeción al principio de reserva de ley que preceptúa la Carta Magna (37).

Por eso, debe atenderse a la cuestión de la utilización del dominio público por los particulares. Siguiendo la matización doctrinal, que distingue la utiliza-

(36) GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «La titularidad de los bienes...», p. 124.

(37) Apunta FONT I LLOVET que es responsabilidad del legislador el establecimiento de mecanismos por los cuales se produzca la citada exclusión de un bien del tráfico jurídico ordinario. Asimismo el análisis dogmático de otros preceptos constitucionales relacionados, lleva a afirmar al autor que existe una suerte de preferencia por la figura del dominio público en relación a la propiedad privada (véase: FONT I LLOVET, T.: «La ordenación constitucional ...», pp. 3930 y 3932).

ción según el destino de los bienes sea un servicio público o un uso público (38), podría afirmarse que como bienes de dominio público se caracterizan por ser de uso privativo, reservado a aquellos que reúnen las condiciones y requisitos determinados para ello, excluyendo del uso a los demás interesados, como en el caso de la propiedad industrial de los signos geográficos tipo denominaciones de origen, o permitiendo su uso general, como la propiedad intelectual derivada del acceso a contenidos creativos.

Llegados a este punto, el régimen de las concesiones demaniales asociado desde un sector de la doctrina administrativista a la propiedad intelectual o industrial como objeto de demanio no parece aplicable al asunto que nos ocupa (39).

En cambio, señala GARCÍA VIDAL, que los bienes, que según las normas de Derecho industrial y la doctrina mercantilista, conforman el dominio público nada tienen que ver con los bienes de dominio público en el sentido técnico-jurídico del Derecho administrativo. Entre otras razones, apunta el profesor García Vidal, porque nadie es titular del dominio público al que se refiere el Derecho industrial, faltando así uno de los requisitos esenciales del demanio, como es el de la titularidad pública de los bienes. En definitiva, como concluye García Vidal, en el ámbito de la propiedad industrial, el dominio público hace referencia a «*bienes que no pertenecen a nadie en exclusiva y que pueden ser utilizados por cualquiera (bien porque así lo ha dispuesto expresamente el legislador, bien porque, siendo susceptibles de apropiación en exclusiva, nadie ha solicitado sobre ellos un derecho de propiedad industrial, o bien porque, habiendo sido objeto de un derecho de exclusiva, éste ha caducado)*». En sentido económico, el bien puede ser utilizado por múltiples usuarios pero no serían estrictamente bienes de dominio público (40).

En consecuencia con la doctrina académica citada, debemos afirmar que, en el marco del tránsito hacia el modelo informacional de gestión de contenidos, las licencias abiertas sobre informaciones o creaciones de carácter público, no se pueden comprender como licencias o autorizaciones administrativas; al ser éstas un mero permiso de carácter unilateral, que no permite encuadrar en su categoría a las *Creative Commons*, en los diversos términos que se analizan en el siguiente apartado de este estudio sobre todo porque no hay un titular del derecho.

(38) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J.: *El dominio público ...*, pp. 55 y 62.

(39) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, C.: *Propiedad industrial, propiedad intelectual y Derecho administrativo*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 79 y ss., y «El dominio público inmaterial», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1099.

(40) GARCÍA VIDAL, A.: «Bienes públicos, bienes inmateriales ...», pp. 494 y 496.

En todo caso, en nuestro Ordenamiento jurídico, el dominio público es complejo en cuanto a su objeto, al régimen jurídico y a su utilización y, en la concepción administrativista, no hay una clara aceptación o conexión con el Derecho de la Propiedad Industrial.

B) Las licencias abiertas y la propiedad intelectual de titularidad pública o de los contenidos creados o adquiridos por la Administración

En relación con el concepto de propiedad industrial, las licencias abiertas encuentran a voluntad del legislador acomodo en la naturaleza la propiedad intelectual de titularidad pública o de los contenidos creados o adquiridos por la propia Administración.

Como es conocido, el otorgamiento de una licencia sobre el derecho no significa la pérdida de la categoría; aunque se predique por algún sector doctrinal para la propiedad intelectual las características de los bienes de dominio público, con las atribuciones y principios que se consagran en la legislación vigente.

Diez Picazo apunta que es tradición en nuestra doctrina administrativista declarar que el objeto del demanio es solamente el derecho de propiedad; o, para expresarlo con mayor exactitud, que el dominio público es una titularidad administrativa sobre las cosas de naturaleza plena, directa y *erga omnes*, sujeta al régimen exorbitante del Derecho Común aunque, desde el punto de vista de los principios generales, nada parece oponerse a la existencia de otros derechos patrimoniales (derechos reales sobre cosa ajena o, incluso, derechos personales) que tengan carácter demanial y estén protegidos por el régimen exorbitante llamado *demanio*. Esto se explica, afirma Diez Picazo, porque hoy en día se habla de una propiedad de derechos, no sólo de cosas corporales (41).

Las Administraciones públicas pueden crear unas licencias-tipo, adaptadas a sus necesidades, para facilitar la reutilización o emplear las licencias de Difusión Abierta (nacidas para la gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual). Aunque en este estudio va a ser analizado singularmente el caso de las licencias *Creative Commons*, el Proyecto Aporta cita, entre otros sistemas de licencias abiertas, los siguientes: Aire Incondicional (42), Arte

(41) Díez PICAZO, L.M.: «Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35, octubre-diciembre 1982, p. 4.

(42) Esta licencia es de tipo copyleft basada en GNU, *Creative Commons* y Electronic Frontier Foundation. El Proyecto Aporta explica que este tipo de licencia regula las condiciones en las que un trabajo puede ser reproducido, distribuido, comunicado públicamente y transformado, libremente. Sólo puede ser empleada con fines no comerciales.

Libre (43), Color iuris (44), Common Documentation License (CDL) (45), Licencia Pública de la Unión Europea (46), Licencia de Documentación Libre (47) y, por último, Publicación Abierta (Open Content) (48)

C) El concepto de licencia *Creative Commons* en el marco de *Open Data*

En la introducción de este estudio se ha afirmado que el concepto de licencia abierta aparece asociado a los movimientos de software libre y se desarrolla con el fin de proporcionar licencias de uso, para las obras, basadas en la idea de que algunas personas pueden no querer ejercer todos los derechos de Propiedad Intelectual que le permite la ley.

Hay que recordar que el ejercicio de los derechos de Propiedad Intelectual es voluntario, así como la pertenencia a las asociaciones de gestión colectiva de derechos reconocidas en nuestro Ordenamiento.

En cierta manera, el tipo de licencias *Creative Commons* están conectadas con las iniciativas y proyectos de *Open Data*, relacionados con el e-government

(43) Esta licencia es también una licencia de tipo copyleft que permite a los usuarios hacer mayor uso de las obras, facilitando su acceso y consintiendo ampliarlas y enriquecerlas siempre que se haga referencia al autor. Para el Proyecto Aporta, esta licencia reconoce y protege los derechos de autor y permite a los usuarios emplear con creatividad una obra artística.

(44) Esta licencia es un contrato bilateral aceptado por las partes y depositado en un tercero de confianza. Constituye para el Proyecto Aporta un paso intermedio entre el copyright y el copyleft. Simboliza mediante un Código de colores la cesión del derecho de transformación de la obra y de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Así, sobre el derecho de transformación, el rojo no permite generar obras derivadas, el amarillo permite realizar obras derivadas para usos no comerciales, verde permite realizar obras derivadas, para usos comerciales y no comerciales y azul permite obras derivadas para usos no comerciales y la cesión en cadena. En cuanto a los derechos de reproducción, distribución y comunicación, el rojo corresponde a que la puesta a disposición es sin ánimo de lucro y el verde, con o sin ánimo de lucro. Este tipo de licencia están implantadas en red.es y en el ayuntamiento de Zaragoza, a modo de ejemplo.

(45) Esta licencia es de tipo copyleft que impone una serie de condiciones a la redistribución que es totalmente gratuita. El Proyecto Aporta considera que es inapropiada a aquellos que deseen un mayor control sobre su obra, al no permitir a los autores restringir el uso con precisión

(46) Esta licencia copyleft ha sido creada por iniciativa de la Comisión Europea. Ajustada a los requisitos de la legislación europea, responde a la necesidad de un instrumento jurídico adecuado de interoperabilidad en toda la UE.

(47) Señala el Proyecto Aporta que esta licencia de tipo *copyleft* puede aplicarse prácticamente a la totalidad de manuales, libros de texto, u otros documentos, que puedan ser copiados y redistribuidos de manera comercial o no.

(48) Se trata de una Licencia copyleft siempre y cuando el autor no ejerza ninguna de las «Opciones de la licencia». Exige la cesión en cadena aunque la aparición de GFDL y CC ha reducido su uso según afirma el Proyecto Aporta

y la transparencia en la gestión pública ya que estos proyectos emplean normalmente estas licencias en sus portales web.

Recientemente, la Comisión Europea ha hecho público un estudio en el que subraya el creciente peso específico de España dentro del debate europeo sobre «*Open Data*» (49), por la aparición o consolidación de iniciativas regionales, como *Open Data Euskadi* o Fundación CTIC; la creación de conjuntos de datos o la realización de consultas públicas sobre la información de carácter local, promovidas por los ayuntamientos de Zaragoza y de Gijón; la progresiva participación en el mercado comunitario de organizaciones sectoriales, como ASEDIE, y de empresas reutilizadoras netamente españolas; la conformación de plataformas cívicas, no lucrativas, como Pro Bono Publico y su Desafío AbreDatos 2010; y, por último, por el surgimiento, en las Redes Sociales españolas, de una activa comunidad de ciudadanos y profesionales que, a través de sus blogs y perfiles personales, comparten información, orientan a empresas y administraciones o expresan sus inquietudes respecto de la apertura y la reutilización (50).

a) Origen de las *Creative Commons*

BOYLE sitúa el origen de las *Creative Commons* en el año 2002, en Estados Unidos de América, con el nacimiento de un proyecto de licencias libres destinado a cualquier creación artística. Este movimiento es una organización sin ánimo de lucro que fue fundada por Lawrence Lessig (51).

En el ámbito del Derecho comparado europeo, en el año 2002, se anunció la utilización de este tipo de licencias en el sector público de los Países Bajos sobre la base de un estudio previo de referencia (52).

(49) Este informe está disponible en http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/ea2009/es_final.pdf, accesible el 14.12.2010.

(50) Véase <http://datos.fundacionctic.org/>, accesible el 14.12.2010 y, respecto a la participación ciudadana, <http://twitter.com/%21/proyectoaporta/open-data-ogov-risp/subscribers>

(51) BOYLE, que fue miembro del Consejo de *Creative Commons* desde sus inicios, afirma que CC es un hijo espiritual de Larry Lessig «...*On December 15, 2002, in San Francisco, a charitable organization called Creative Commons was launched. Creative Commons was the brainchild of Larry Lessig, Hal Abelson, and Eric Eldred. ... The authors and creators of those CC works have chosen to share it with the world, with you, under generous terms, while reserving certain rights for themselves. They may have allowed you to copy it, but not to alter it-to make derivative works. Or they may have allowed you to use it as you wish, so long as you do so noncommercially. Or they may have given you complete freedom, provided only that you attribute them as the owner of the work*». Véase: BOYLE (2008). *The Public...*, p. 181.

(52) La relación de iniciativas públicas y legislación sobre las licencias *Creative Commons* está disponible en http://wiki.creativecommons.org/Public_Sector_Information, accesible el 13.12.2010.

En el ámbito interno, a partir del año 2003, el concepto *Creative Commons* se desarrolla en la Universidad de Barcelona como sistema para publicar el material docente del profesorado (53). La recepción de las licencias *Creative Commons* y su transposición a las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico se ha realizado a través de un procedimiento abierto y participativo de acceso público (54) y el resultado de los trabajos se hizo público en 2004 (55).

El Ministerio de Industria, a través del proyecto Aporta se ha interesado en las licencias en relación con la Ley 37/2007 de reutilización de la información del sector público (56). Otras administraciones públicas también han estudiado la viabilidad de las licencias y en el caso de la Generalitat de Catalunya su uso se ha extendido desde el Departamento de Justicia a otros departamentos e incluso se ha incluido en su normativa editorial (57) y en sus avisos legales. En la mayoría de proyectos e iniciativas de *Open Data* anteriormente descritas, se utilizan las licencias *Creative Commons* también.

b) Objeto y clases de Licencias *Creative Commons*

Como explica BOYLE, la idea de las *Creative Commons* fue simple. Frente al copyright que se adhiere automáticamente sin más formalidades a la creación cuando se acaba de escribir o se guarda el documento con los efectos de «all rights are reserved» para el autor «to the author», con el desarrollo de la World Wide Web, se inicia un giro copernicano. De repente, las personas y las instituciones comenzaron a ofrecer contenidos en línea (blogs, photo sites, videologs, podcasts, materiales, etc.) con la posibilidad de que fueran leídos o escuchados e incluso copiados, reenviados, traducidos, etc. (58).

(53) LABASTIDA I JUAN, I.: «Presentación» UOC Papers, Revista de la sociedad del conocimiento, n° 2, marzo de 2006. Esta información del nacimiento del movimiento *Creative Commons* está disponible en <http://creativecommons.org/about/>, accesible el 3.11.2009, p. 2; XALABANDER PLANTADA, R.: «Las licencias *Creative Commons*, ¿una alternativa al copyright?», UOC papers, *Revista sobre la sociedad del conocimiento*, n° 2, marzo 2006, p. 2.

(54) Para ello, como describen los autores citados en la nota anterior, se trabajó a través de una lista de correo (Documento en línea: <<http://lists.ibiblio.org/mailman/listinfo/cc-es>>. Fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2008). Las actividades comenzaron el 25 de febrero de 2004 con un mensaje de bienvenida (Documento en línea: <<http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2004-February/000000.html>>. Fecha de última consulta: 8 de diciembre de 2008).

(55) Documento en línea: <<http://derecho-internet.org/wiki/index.php/PresentacionEnMadridDeCcEs>>. Fecha de última consulta: 28 de agosto de 2009.

(56) Disponible en http://www.proyectoaporta.es/web/guest/index.jsessionid=6125D730760F552B7ABE6FB299FABFD2.aporta_appl25., accesible el 13.12.2010.

(57) Véase el artículo 13 de la norma relativo a las licencias de uso abierto, accesible el 28.5.2010 en http://www.gencat.cat/piv/pdf/normativa_editorial.pdf.

(58) BOYLE (2008). *The Public...*, p. 180.

Los límites del uso de los contenidos deberían pasar por contactar al autor y solicitarle los permisos de utilización singulares, incluso que este hecho se formalizara un contrato siempre que el autor quiera guardar para si todos los derechos, «all rights are reserved». El grupo *Creative Commons* se planteó en este contexto que podía haber un gran número de escritores, fotógrafos, músicos, cineastas, bloggers y académicos que podrían querer compartir sus creaciones y, en lugar de reservar todos los derechos, reservar algunos de los mismos.

Las licencias *Creative Commons* tienen como objetivo permitir que tanto los autores como los usuarios puedan proteger y compartir las obras, eliminando la incertidumbre legal que actualmente existe ante la nueva situación del uso de las obras que Internet permite. XALABANDER apunta que el proyecto *Creative Commons* facilita, por un lado, la publicación de obras en internet autorizando su uso al público y, por otro, su localización y acceso por parte del público (59).

Resume LABASTIDA que las licencias son gratuitas y no requieren registro, de ámbito mundial y no exclusivas. Las licencias *Creative Commons* respetan los derechos morales y contienen la cláusula de no endorsement (60). Para explicar brevemente las licencias *Creative Commons*, se parte de cuatro condiciones que, combinadas, generan seis tipos de licencias.

	Reconocimiento:	El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceras personas si se muestra en los créditos.
	No comercial:	El material original y los trabajos derivados pueden ser distribuidos, copiados y exhibidos mientras su uso no sea comercial.
	Sin Obra Derivada:	El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido pero no se puede utilizar para crear un trabajo derivado del original.
	Compartir Igual:	El material creado por un artista puede ser modificado y distribuido pero bajo la misma licencia que el material original.

En función de estas cuatro condiciones combinadas se pueden generar los seis tipos de licencias:

(59) XALABANDER PLANTADA, R.: «Las licencias...», p. 6.

(60) www.ivap.euskadi.net/r61-conprest/es/contenidos/.../es.../labastida.ppt.

	Reconocimiento: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos.
 	Reconocimiento-Sin obra derivada: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se pueden realizar obras derivadas.
  	Reconocimiento – Sin obra derivada – No comercial: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.
 	Reconocimiento – No comercial: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial.
  	Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.
 	Reconocimiento – Compartir igual: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. Las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original

Las cláusulas de licencias vienen prefijadas. Por defecto, como describe XALABANDER, la licencia autoriza la reproducción, distribución, transformación y comunicación pública de la obra, para cualquier finalidad y para todas las modalidades de explotación, con carácter gratuito y para todo el plazo de protección. Para facilitar la comprensión de la simbología del sistema, cuantos más símbolos, menos usos están permitidos. Como el sistema no es cerrado, caben otros tipos de licencias junto a las seis descritas y se enlazan con las licencias GNU-GPL y GNU-LGPL para el software libre (61).

c) Encaje de las licencias *Creative Commons* y los derechos de autor

BOYLE afirma que para muchos de los creadores de *Creative Commons*, este proyecto fue concebido como la segunda mejor solución creada por

(61) XALABANDER, R.: «Las licencias...», p. 7.

acuerdo entre las partes porque la mejor solución no podía ser obtenida por medio del marco legal. La mejor solución sería la vuelta al requisito formal copyright para conseguir más de 100 años de protección. Aquellos que no quisieran tener el monopolio legal podrían omitir la mención al copyright y el trabajo pasaría a ser de dominio público con un periodo de tiempo durante el que el autor podría reclamar el copyright retroactivamente si la mención fue omitida por error (62).

Así, las cláusulas de las licencias *Creative Commons*, referidas en el anterior apartado de este informe, no son contrarias a la Ley de Propiedad Intelectual (63). Se afirma que, en la transposición de las licencias, se respetaron los derechos morales y los derechos irrenunciables de gestión colectiva para los que se hace una remisión a la legislación nacional (64).

En el Ordenamiento jurídico vigente, la propiedad intelectual distingue, en los derechos de los autores, el derecho moral de los derechos de explotación. En relación con la faceta del derecho moral, la licencia *Creative Commons* contiene la garantía de que quien usa la obra debe citar el nombre del autor, siendo de aplicación subsidiaria lo dispuesto sobre los demás derechos morales en la Ley de Propiedad Intelectual. En cuanto a los derechos de explotación, el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual determina que: «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley» (65)

Al autor, por tanto, le corresponde en exclusiva la decisión sobre la copia (reproducción) de la obra, sobre la distribución de la obra, sobre la comunicación pública de la obra, y sobre la realización de una obra transformada.

Con respecto a estos cuatro derechos, cualquier licencia «prohibitiva» suele establecer interdicciones. La diferencia consiste en que las licencias *Creative Commons* establecen permisos. XALABANDER expone que el autor es titular de su obra y que puede permitir con respecto a ella lo que crea conveniente.

(62) BOYLE (2008). *The Public...*, p. 183.

(63) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, accesible el 3.11.2009 en http://www.mcu.es/legislacionconvenio/downloadFile.do?docFile=/HTTPD/deploy/pedpas/datos/LegislacionConvenio/legislacion/rd_ley_1-1996.pdf.

(64) DE LA CUEVA, J.: «Por qué las licencias *Creative Commons* son legales en España», Texto leído en la conferencia de los 100 días de las licencias *Creative Commons* en España. Documento en línea: <<http://www.derecho-internet.org/node/272>>. Fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2008.

(65) Junto a la conferencia referenciada en la anterior cita, véase XALABANDER, R.: «Las licencias ...», pp. 8 y ss.

En el caso de las licencias *Creative Commons* es que, en lugar de decir «está prohibido» copiar, se dice «está permitido» copiar (o distribuir, difundir o transformar). Compartimos con la doctrina citada que «...esta regulación de permisos, haciéndola clara y transparente para el tercero, en nada atenta contra la Ley de Propiedad Intelectual sino que es el ejercicio del derecho soberano que todo autor tiene sobre su obra. Este acto libérrimo, permitir a los demás utilizar la obra creada, es lo que verdaderamente diferencia las licencias *Creative Commons* de las demás licencias». En definitiva, como indica De la Cueva, sobre la legalidad de estas licencias, en los derechos morales, «...lo que se aplica es la Ley; en los derechos de explotación, lo que se aplica es el derecho exclusivo del autor a decidir quién, cómo y cuándo puede ejercer los derechos a copiar, distribuir, comunicar y transformar» (66).

Como señala la doctrina, la licencia *Creative Commons* no significa necesariamente que su utilización no permita la remuneración de los autores ya que el autor puede autorizar y cobrar por cualquier acto de explotación que autorice más allá de la licencia CC (especialmente si ha excluido los usos comerciales y las obras derivadas), cubren «todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer» y tienen carácter perpetuo (67).

Asimismo, el autor puede excluir con la licencia *Creative Commons* la realización de obras derivadas y los usos comerciales. No afectan, en cambio, las excepciones o limitaciones al derecho de autor que —por su interés público— la ley excluye del derecho de autor (68).

Por último, la utilización de una licencia *Creative Commons* genera seguridad jurídica en favor del autor ya que le permite conocer qué derechos está cediendo y graduar los mismos, permitiendo, si así es su voluntad, la posibilidad de que terceros hagan uso comercial de la obra o que la utilicen, a su vez, como punto de partida para crear nuevas obras. Igualmente, la utilización de obras con licencia *Creative Commons* genera seguridad jurídica en favor del usuario de las obras, ya que, frente a «todos los derechos reservados» la licencia expresa rotundamente que el autor, sin necesidad siquiera de pedirle permiso o notificárselo, le está cediendo derechos y le permite disfrutar la obra y tomarla como base, a su vez, para también ser creativo.

(66) <http://www.derecho-internet.org/node/272> , accesible el 3.11.2009.

(67) XALABANDER, R.: «Las licencias...», p. 8 y ss.

(68) XALABANDER, R.: «Las licencias...», p. 10.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL LUGAR DE LAS LICENCIAS CREATIVE COMMONS EN EL SECTOR PÚBLICO

En el ámbito de las Administraciones Públicas, las licencias *Creative Commons* pueden ser de interés porque, por un lado, facilitan la publicación de obras en Internet autorizando su uso al público y, por otro, su localización y acceso por parte del público y permitiría modular los usos que se quieran autorizar de los contenidos ofrecidos.

1. La Administración ante el mercado del conocimiento

La Administración se encuentra ante un mercado del conocimiento cuyo objeto material son contenidos inmateriales recogidos en los más diversos soportes y con un conjunto de factores técnicos derivados de las TIC en continua evolución, que hacen muy compleja su comprensión por los sujetos que intervienen en el mismo.

Desde el punto de vista normativo, nos encontramos ante un mercado regulado a escala nacional y comunitaria pero cuyas fronteras físicas no concuerdan con los citados ámbitos territoriales. Esto supone una falta de ajuste entre operadores del mercado, administraciones reguladoras y vigilantes del respeto a las normas. Igualmente, las categorías normativas, como es el caso del dominio público, no interconectan correctamente con el objeto de este mercado, el del conocimiento o la propiedad intelectual.

En cuanto a los sujetos del mercado, el ciudadano se presenta ante la Administración con tres roles distintos: consumidor, administrado y creador de contenidos.

La propia Administración es reguladora y operadora sectorial porque no sólo legisla sino que, por la propia naturaleza de su actuación, que abre o construye bienes a la utilización colectiva, efectuando una labor prestacional de las carencias del individuo. En ejercicio de tal competencia prestacional, la Administración pone a disposición la información pública para su reutilización y pone a disposición los contenidos de obras colectivas o individuales de carácter artístico o científico-académico.

En este contexto, las Administraciones públicas contemplan, como el resto de los operadores sectoriales, el proceso de decaimiento del modelo de la propiedad intelectual en favor del modelo informacional, que fomenta, como se ha expuesto, la puesta a disposición de contenidos y productos intelectuales «libres» o «liberados para ciertos usos y con condiciones» pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público o del monopolio reconocido al autor en nuestro Ordenamiento.

2. La reutilización de información del Sector Público

Las licencias abiertas pueden facilitar el cumplimiento por las Administraciones Públicas de Directiva sobre la reutilización de la información pública. En su artículo 8, se dispone que los organismos del sector público podrán autorizar la reutilización de documentos sin condiciones o bien podrán imponer condiciones, en su caso a través de una licencia, teniendo en cuenta los aspectos pertinentes. Estas condiciones no restringirán sin necesidad las posibilidades de reutilización y no se usarán para restringir la competencia. En los Estados miembros en que se utilicen licencias, éstos velarán por que las licencias modelo para la reutilización de documentos del sector público, que podrán adaptarse para responder a solicitudes concretas de licencia, estén disponibles en formato digital y puedan ser procesadas electrónicamente (69).

En el ámbito interno, la norma comunitaria se ha traspuesto mediante la Ley 37/2007, que dispone que en caso de que las administraciones sometan la reutilización de información a condiciones establecidas mediante licencias-tipo, las condiciones de reutilización de información que se incorporen en las

(69) La Directiva debe ser aplicable a los documentos que se hagan accesibles con fines de reutilización cuando los organismos del sector público suministren con licencia, vendan, difundan, intercambien o entreguen información. La Directiva no es aplicable a aquellos casos en que, con arreglo al régimen pertinente de acceso, los ciudadanos o empresas sólo puedan obtener un documento si pueden demostrar un interés particular. A nivel comunitario, los artículos 41 (derecho a una buena administración) y 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconocen el derecho de todo ciudadano de la Unión y de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro a tener acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Se debe instar a los organismos del sector público a poner a disposición, con vistas a su reutilización, todos los documentos que conserven. Los organismos del sector público deben promover y alentar la reutilización de documentos, inclusive los textos oficiales de carácter legislativo y administrativo, en los casos en los que el organismo del sector público tiene el derecho a autorizar su reutilización. La presente Directiva no se aplicará a: a) los documentos cuyo suministro sea una actividad que se salga del ámbito de la misión de servicio público de los organismos del sector público afectados, definida con arreglo a la legislación o a otras normas de obligado cumplimiento del Estado miembro o, en su ausencia, definida en consonancia con la práctica administrativa común del Estado miembro de que se trate; b) los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual por parte de terceros; c) los documentos a los que no pueda accederse en virtud de regímenes de acceso de los Estados miembros, por motivos, entre otros, de: protección de la seguridad nacional (esto es, seguridad del Estado), defensa o seguridad pública, y confidencialidad estadística o comercial; d) los documentos conservados por las entidades de radiodifusión de servicio público y sus filiales, y por otras entidades o sus filiales para el cumplimiento de una misión de radiodifusión de servicio público; e) los documentos conservados por instituciones educativas y de investigación, tales como centros escolares, universidades, archivos, bibliotecas y centros de investigación, con inclusión, si procede, de organizaciones creadas para la transferencia de los resultados de la investigación; f) los documentos conservados por instituciones culturales tales como museos, bibliotecas, archivos, orquestas, óperas, ballets y teatros. (Directiva 2003/98/CE del PE y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público, DOUE 31.12.2003).

licencias deberán ser claras, justas y transparentes; no deberán restringir las posibilidades de reutilización ni limitar la competencia; no deberán ser discriminatorias para categorías comparables de reutilización (70).

De igual modo, en la Ley 37/2007, se establece que el contenido mínimo de las licencias otorgadas habrá de reflejar al menos la siguiente información: finalidad para la que concede la reutilización; duración de la licencia; obligaciones del beneficiario y del Organismo concedente; responsabilidades de uso; modalidad financiera: carácter gratuito y en su defecto tasa o precio público aplicable. Las licencias deberán estar disponibles en formato digital y ser procesables electrónicamente.

3. La licencia

Ha sido remarcado que predomina actualmente un modelo de la propiedad intelectual de carácter informacional. Este modelo se basa en la preferencia por la oferta de contenidos y productos intelectuales «libres» o «liberados para ciertos usos y con condiciones».

En el ámbito administrativo, estos contenidos son los pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público o del monopolio reconocido al autor en nuestro Ordenamiento.

En todo caso, en el marco de las diversas posiciones doctrinales existentes, se ha afirmado la posibilidad de conceder usos generales sobre los mismos o acotar dichos usos mediante el empleo de licencias.

En dicho contexto, ya se ha mencionado que XALABANDER destaca que, por defecto, la cláusula Creative commons supone la autorización de la reproducción, la distribución, transformación y comunicación pública de la obra, para cualquier finalidad y para todas las modalidades de explotación, con carácter gratuito y por todo el plazo de protección (71). Por ello, entre las clases de licencias anteriormente referidas diversas Administraciones, han elegido la más adecuada para los intereses que se manifiestan en el caso de las Administraciones públicas, la licencia *Creative Commons* reconocimiento-no comercial-sin obra derivada.

En todo caso, el régimen de la licencia garantiza dar transparencia y claridad a las condiciones que se establezcan para acceder a la información; evita discriminaciones y favorece la libre competencia; previene abusos y manipulaciones de la información no deseados. Además, este régimen per-

(70) Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, BOE 276, 17.11.2007.

(71) XALABANDER PLANTADA, R.: «Las licencias Creative...», p. 6

mite a las Administraciones recabar información para analizar la demanda y adaptarse a las necesidades de empresas y ciudadanos, incluso aplicar tarifas a las mismas.

En el Proyecto Aporta, anteriormente citado, se concreta un contenido recomendado para la licencia que sería el siguiente: la finalidad concreta para la que se concede la reutilización, comercial o no comercial; la duración de la licencia; las obligaciones del beneficiario; las obligaciones del organismo concedente; las responsabilidades de uso de la licencia; las modalidades financieras, gratuita o contraprestación económica aplicable; y el formato, ya que, en consonancia con los signos de los tiempos, deberán estar disponibles en formato digital y ser procesables electrónicamente.

Aunque en este trabajo ha sido analizado singularmente el caso de las licencias *Creative Commons*, las Administraciones públicas pueden crear unas licencias-tipo, adaptadas a sus necesidades, para facilitar la reutilización o emplear las licencias de Difusión Abierta (nacidas para la gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual (72).

De hecho, conforme a la legislación vigente en materia de derechos de autor, las bibliotecas, los centros de enseñanza, los archivos y los museos accesibles al público ya se benefician de una excepción, formulada en términos muy precisos, al derecho de comunicación al público y al derecho de puesta a disposición de obras u otras prestaciones, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los *locales físicos* de estos establecimientos (artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva de reutilización de la información) (73). Cabría plantearse si dichas excepciones se extienden a la información disponible en los *locales electrónicos* o sitios webs de las citadas bibliotecas, centros de enseñanza, archivos y museos.

En esta línea, desde Universidades y Administraciones públicas, como hemos señalado anteriormente, se están desarrollando iniciativas del tipo *Open Data*, en las que las licencias *Creative Commons* tienen un rol fundamental.

(72) A modo de ejemplo, se han citado anteriormente: Aire Incondicional, Arte Libre, Color Luris, Common Documentation License (CDL), *Creative Commons*, Licencia Pública de la Unión Europea, Licencia de Documentación Libre y, por último, Publicación Abierta (*Open Content*).

(73) En esta excepción posiblemente no está incluida la entrega electrónica de documentos a usuarios finales a distancia. Por lo que respecta a la entrega electrónica de materiales a usuarios finales, el considerando 40 de la Directiva señala que la excepción en beneficio de las bibliotecas y archivos no debe aplicarse a las «utilizaciones realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas».

V. CONCLUSIONES

Las Administraciones públicas no pueden permanecer al margen del proceso de decaimiento del modelo de la propiedad intelectual en favor del modelo informacional, que fomenta, como se ha expuesto, la puesta a disposición de contenidos y productos intelectuales «libres» o «liberados para ciertos usos y con condiciones» pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público o del monopolio reconocido al autor en nuestro Ordenamiento.

La actualidad del debate es innegable y sirve para revisar los principios y prioridades de las Administraciones públicas respecto a la gestión del conocimiento.

Sin reincidir en la idea de la necesaria evolución del marco normativo de referencia, la Ley de Propiedad Intelectual, en estas líneas se ha expuesto como la categoría de dominio público sobre la propiedad intelectual interconecta sin dificultad alguna con las licencias *Creative Commons* aun en la concepción tradicionalmente defendida por la doctrina administrativa, que considera que el dominio público sobre la propiedad intelectual se cataloga en una especie de concesiones administrativas sobre el demanio. En el ámbito de la propiedad intelectual, el dominio público se sitúa ante un concepto económico de bien público, accesible e utilizable por parte de todos.

En todo caso, será necesario que concurran las circunstancias que convierten a un bien o un derecho en demanial mediante la correspondiente actuación de la Administración que defina su uso bien general, bien liberados para ciertos usos o con condiciones mediante la creación de unas licencias-tipo, adaptadas a sus necesidades, para facilitar la reutilización o emplear las licencias de Difusión Abierta, entre las que se ha dedicado especial atención a las licencias *Creative Commons*.

Un aspecto fundamental del análisis realizado es la descripción de las bases teóricas de la protección de los bienes inmateriales que pone de manifiesto el conflicto permanente entre protección de la innovación y fomento del desarrollo técnico-creativo.

Es cierto que existen problemas de coordinación derivados de la compatibilidad de licencias y procesos y que pueden llevar consigo ciertos costes de transacción. No obstante, como apunta BOYLE, la clave de las *Creative Commons* es que son un nuevo instrumento en el diseño de un entorno adecuado para la cultura y la innovación. La web misma pone de manifiesto el poder de la creatividad ofrecida bajo este sistema en trabajos de referencia, sistemas operativos, conversaciones culturales, bibliotecas de imágenes y música, etc. Gran parte de la innovación se está generando al margen del modelo de propiedad intelectual y, sobre el mismo, lo único que algunos

legisladores parecen escuchar es que las copias más baratas significan más piratería.

Por ello, el poder legislativo y el ejecutivo se encuentran en la compleja configuración del mercado del conocimiento ante el reto de una mejor gestión de los soportes digitales. En el Ordenamiento vigente, el concepto de licencia *Creative Commons* en el marco de los proyectos e iniciativas de *Open Data* cumple, por su objeto y clases, una función de gran utilidad para el fomento de la reutilización de la información por el sector público así como para garantizar mayores cotas de transparencia y fomentar la innovación y la creatividad.

NUEVAS PERSPECTIVAS EN LOS SISTEMAS COMPARADOS DE CARRERA FUNCIONARIAL(*)

JOSÉ MARÍA RECIO SÁEZ DE GUINOA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. NUEVAS TENDENCIAS EN EL MARCO DE LA GESTIÓN PÚBLICA.– III. LA RENOVACIÓN DE LOS SISTEMAS DE FUNCIÓN PÚBLICA: 1. La descentralización funcional de la gestión de los recursos humanos. 2. La flexibilización de los instrumentos de gestión. 3. La individualización de las condiciones de trabajo.– IV. PRINCIPALES ELEMENTOS DE RENOVACIÓN DE LOS SISTEMAS COMPARADOS DE CARRERA FUNCIONARIAL: 1. La incorporación de nuevas herramientas de organización del trabajo: clasificación de puestos de trabajo y gestión por competencias. 2. La renovación de las fórmulas de selección de personal y provisión de puestos de trabajo. 3. La actualización de los sistemas de agrupación de puestos y funcionarios. 4. La renovación de las fórmulas de promoción profesional y el fomento de la movilidad funcionarial. 5. La incorporación de una visión estratégica en la gestión de los recursos humanos.– V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Los modelos de función pública de los diferentes países europeos han sido objeto de un proceso de reforma generalizada en los últimos años. Este proceso presenta tendencias comunes, tales como la flexibilización de las herramientas de gestión, la descentralización funcional, la incorporación de una visión estratégica en la política de recursos humanos o la mayor valoración del desempeño. En definitiva, se aprecia, en términos generales, una gestión más volcada en los resultados y una mayor adaptabilidad de los sistemas. Los sistemas denominados de carrera, en los que el modelo español puede incluirse, no han sido una excepción en este proceso de reforma, modulándose sus elementos tradicionales y adaptándose a las nuevas exigencias de la gestión de los recursos humanos en las organizaciones públicas de nuestro entorno. Este trabajo pretende realizar un análisis general de esta evolución general y de sus principales caracteres con el objetivo de aportar una visión comparada en el marco de la reforma del empleo público de nuestro entorno.

Palabras clave: empleo público; función pública de carrera; Estatuto Básico del Empleado Público; reforma de la función pública.

ABSTRACT: *The civil service models from different European countries have undergone a comprehensive reform process in recent years. This process presents common trends,*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 23 de abril de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de junio de 2011.

such as flexible management tools, functional decentralization, and a strategic vision in the human resources policy or a higher value of performance. In short, we see, in general, more focused management on performance and greater adaptability of systems. The career-based systems, which included the Spanish model, haven't been an exception in this reform process by modulating its traditional elements and adapting to new demands of human resource management in public organizations. This work intends to perform a comprehensive analysis of this process and its principal characters with the aim of providing a comparative approach in the context of public employment reform of our environment.

Key words: Civil service; career-based system; Basic Code of Civil Employee; civil service reform.

I. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento del Estado y, en particular, la configuración de la función pública se han convertido, especialmente en estos últimos años, en un elemento del debate público, tanto académico como político e incluso económico, bajo el común planteamiento de la cuestión relativa a si el modelo tradicional de la función pública es adecuado para hacer frente a los retos que a las Administraciones Públicas, al Estado y a la sociedad en su conjunto, se le presentan en el momento presente y en el futuro.

Las nuevas tendencias y valores en la gestión pública, el desarrollo de la ciencia de la psicología del trabajo y, en general, la de los recursos humanos y la necesidad, cada vez más perentoria, de dotar a la función pública de mayor eficiencia han sido los detonantes de un proceso generalizado de reforma que si bien en la mayoría de los casos no ha conllevado un cambio radical del modelo funcionarial, sí que ha reportado múltiples evoluciones en los sistemas tradicionales de función pública.

El presente estudio pretende aportar una visión general de las principales tendencias de este proceso de reforma y, en especial, de aquellos a los que tradicionalmente se ha denominado modelos de carrera funcionarial, entre los que puede incluirse el sistema funcionarial español.

El propio Estatuto Básico del Empleado Público del año 2007, en su Preámbulo, enmarca este proceso de reforma en España en el marco general de las reformas emprendidas en otros países. El legislador básico reconocerá, en concreto, que la reforma que opera *«es un paso importante y necesario en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo, en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente en los demás países de la Unión Europea y en la propia Administración comunitaria»* (Pr. III).

El estudio se estructura, por tanto, en tres grandes bloques. El primero se dedica a una breve presentación de los nuevos valores de la gestión pública motivadores, en última instancia, de las reformas funcionariales. La segunda parte pretende analizar a aquellas tendencias comunes de reforma que afectan al conjunto de modelos de función públicas, ya se encuentren más cercanos al modelo prototípico de sistema de puesto de trabajo o al propio de carrera funcionarial. La tercera parte se dedica específicamente a las principales líneas de reforma que afectan a los sistemas de carrera funcionarial.

II. NUEVAS TENDENCIAS EN EL MARCO DE LA GESTIÓN PÚBLICA

La gestión de las actuales organizaciones públicas presenta en la actualidad retos renovados. Las tendencias globalizadoras y, al mismo tiempo, descentralizadoras que debilitan el clásico papel monopolístico del estado nacional y exigen renovados esfuerzos en la gestión de naturaleza multinivel, la relevancia creciente de la necesidad de aportar elementos añadidos de legitimidad democrática a la acción pública, tanto desde el punto de vista de la promoción de un servicio público de calidad orientado al ciudadano como desde la perspectiva de la cada vez más reclamada participación popular en el proceso de toma de decisiones públicas, la generalizada pérdida de confianza ciudadana en sus instituciones públicas y la reiterada crisis fiscal de la que adolecen las actuales haciendas públicas exige la renovación del modelo clásico de gestión pública y, en consecuencia, también, en parte, del conjunto de normas jurídicas que permiten su desarrollo y puesta en práctica.

Esta renovación ha constituido el reto común de las tendencias comparadas de reforma de la administración pública de los últimos años. Las variadas propuestas de renovación administrativa han venido de la mano de dos formas de concebir la acción del Estado en la sociedad y la economía. Como explica Carles RAMÍO, frente a las posturas, tradicionalmente mayoritarias, de corte neoempresarial, que ponen especial énfasis en la economía, eficacia y eficiencia de los aparatos públicos y proponen medidas de relevante matiz privatizador y mercantilista, reduciendo en muchas ocasiones el papel de los ciudadanos a la condición de *cliente*, han proliferado en los últimos tiempos tendencias de corte más publicista, que apuestan por la *repolitización*, la racionalización y el control de la externalización de los servicios públicos, la participación ciudadana y la ética en la gestión pública (1).

(1) RAMÍO, C.: «Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional», *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 21 (Oct. 2001). Caracas.

Escapando de posiciones extremas (cuya plasmación práctica, se ha demostrado en muchas ocasiones, política y económicamente frustrante), podría señalarse que ambas concepciones, entendidas de forma armónica e integral, pueden aportar elementos muy útiles de renovación de la gestión pública.

Por una parte, la flexibilización del sistema institucional de matiz burocrático y la incorporación de ciertos elementos de inspiración empresarial en la gestión pública son perfectamente compatibles y, al mismo tiempo, necesarios en la gestión de las organizaciones públicas. Así, la promoción de una gestión estratégica de la acción administrativa, la gestión por objetivos y por procesos, una visión más gerencialista de la dirección pública profesional o la flexibilidad en los instrumentos de gestión, redundan en una mayor eficacia en el cumplimiento de los fines institucionales y, al tiempo, en una mayor eficiencia en la distribución y aplicación de los recursos públicos.

No obstante, la gestión pública tiene una naturaleza profundamente diferente a la gestión privada, en atención a su legitimidad democrática y posición crítica en el entramado institucional público. La Administración Pública constituye uno de los principales medios de renovación democrática, de los principales instrumentos de los poderes públicos democráticos. En este contexto, entran en juego las bondades de las tendencias teóricas y prácticas que promueven los valores democráticos en el seno de la gestión pública. En el marco de la *democracia deliberativa* (2) a la que se refiere D. HELD, estas tendencias apuestan por fomentar la apertura de las instituciones públicas, su transparencia, accesibilidad y receptividad y del fomento de la participación ciudadana en las decisiones públicas (3), sin olvidar la cuestión de la calidad y la responsabilidad, mediante la rendición de cuentas. En suma, posicionar al ciudadano, decisor último del progreso social, en el centro del proceso de modernización administrativa.

El cambio de modelo de gestión pública tiene repercusiones especialmente pronunciadas en el marco de la evolución del Derecho Administrativo. Sería quizá pretencioso hablar de un «cambio de paradigma» en la teoría general del Derecho Administrativo, nacido en sus inicios como un instrumento necesario para la garantía de los derechos de los ciudadanos ante la acción de los poderes públicos (visión del liberalismo clásico) y que, en la actualidad, se enfrenta, más que nunca, a retos que trascienden con mucho la realidad primigenia del derecho público liberal. La ampliación progresiva de la intervención estatal hace del Estado el principal protagonista en el desarrollo del Estado social o de Bienestar, acumulando en su ámbito de responsabilidad las más variadas funciones sociales, muchas de ellas no reducidas sólo a

(2) HELD, D.: *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, 2001, Madrid.

(3) OCDE: *Modernising Government. The way forward*, 2005, Paris.

la regulación o la policía administrativa, sino, en mayor medida cada vez, dirigidas a la prestación de servicios públicos. Ello exige un ordenamiento jurídico-administrativo más dinámico; que sin abandonar su función —primordial— de garantía de los derechos de los ciudadanos, permita gestionar los recursos de forma eficiente y competitiva. W. HOLLMANN-RIEM ha explicado el necesario cambio de perspectiva con el siguiente esquema, que no es sino una síntesis de los resultados de algunos estudios en torno a la reforma del Derecho Administrativo (4):

- De la perspectiva del control judicial a la perspectiva de la acción. Ha de abandonarse la idea de que el Derecho no es otra cosa que una técnica de control judicial, para reforzar la vertiente de la acción administrativa (las normas jurídicas se observan aquí desde la perspectiva, no del juez, sino de la Administración, como reguladora de su actuación).
- Del énfasis en la vinculatoriedad del Derecho entendido como un sistema que tiene por objeto establecer e imponer límites y prohibiciones a la incorporación de nuevos cánones o parámetros jurídicamente reconocidos y a los que deba sujetarse la acción administrativa. Parámetros que permitan que la Administración se someta a nuevos impulsos y referentes de carácter prescriptivo.
- De una comprensión de la ciencia del Derecho cuyo objeto fundamental consiste en la interpretación de textos jurídicos a una ciencia que ofrezca soluciones y criterios para la adopción de decisiones y la elección de las acciones a realizar.
- Del acento en el acto jurídico final a la perspectiva del procedimiento como foro de búsqueda de la mejor solución; a la óptica de una Administración más preocupada por hallar una respuesta eficaz y con mayor capacidad resolutoria ante los problemas.
- Del entendimiento de la ley como límite de la acción administrativa a una más amplia visión de la ley como instrumento y garantía de una mayor calidad normativa.
- De una perspectiva de la Administración en clave descriptiva al énfasis en la producción o gestión.

(4) W. HOFFMANN-RIEM: «Die Eigenständigkeit der Verwaltung» en: GLVwR, vol.1, 10, número marg. 15, citado por SCHMIDT-ASSMANN, E.: «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en la obra colectiva: BARNES, J.: *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2006.

- De un concepto de legitimación democrática centrado en la legalidad a la consideración de una pluralidad de estructuras normativas de legitimación.
- De la realización de funciones y competencias desde estructuras jerárquicas a otras formas de cumplimiento descentralizado y más o menos autónomo y al establecimiento de mecanismos de autorregulación regulada.
- Del acento en el Derecho nacional a la apertura hacia el exterior, a la integración europea y al proceso de globalización.

No nos detendremos en esta cuestión, que si bien se torna de enorme virtualidad, trasciende ampliamente del objeto de nuestro trabajo. No obstante, nos sirve esta breve referencia para hacer notar, una vez más, las fuertes tensiones a las que cotidianamente se encuentra sometido el Derecho Público, como motor de la eficacia del Estado y, al propio tiempo, como garante de los derechos de los ciudadanos.

III. LA RENOVACIÓN DE LOS SISTEMAS DE FUNCIÓN PÚBLICA

En el marco de las nuevas tendencias de renovación de los instrumentos de gestión pública y de su marco regulador, también las instituciones clásicas de la función pública se han visto profundamente afectadas (5).

No se trata de un fenómeno privativo del modelo de función pública sino que resulta de un proceso general de evolución de la forma de entender la gestión de las personas, ya sea en el marco del sector público como en el privado. Siguiendo a Francisco LONGO, pueden advertirse múltiples cambios en el mundo del trabajo:

- a) El fin de «*taylorismo*» —que supone la superación de sus principales características, la uniformidad y la estandarización, y su sustitución por la diversidad y la flexibilidad—.
- b) El debilitamiento del empleo estable y el fortalecimiento del concepto de «*empleabilidad*».
- c) La transformación del «*homo faber*» por el «*homo sapiens*» y el conocimiento como elemento de competitividad.
- d) Así como la reordenación del tiempo de trabajo, mediante la flexibilización y la individualización de la gestión del tiempo.

(5) LONGO, F.: *Mérito y flexibilidad: la gestión de las personas en las organizaciones del sector público*, Paidós Empresa, 2004, Barcelona.

La estandarización de las relaciones de trabajo se ha visto sustituida por una cada vez mayor individualización de las condiciones laborales, en un entorno organizativo progresivamente más diverso, multicultural e individualizado (6). Estos fenómenos han hecho surgir nuevas orientaciones de la gestión de las personas tales como la flexibilización del marco laboral, la gestión por competencias, la concepción del capital intelectual como ventaja competitiva, el *apoderamiento* de los directivos, la gestión del rendimiento profesional, la retribución vinculada al rendimiento, la relevancia creciente y estratégica de la formación profesional, el fomento de la participación de los trabajadores en la empresa así como la redefinición de la función de los Recursos Humanos (7).

Todas estas líneas de reforma convergen en dos elementos fundamentales, que dan sentido al conjunto: una más intensa orientación a los *resultados* (y, por tanto, una creciente responsabilización pública) y una mayor *adaptabilidad* en la gestión (8). Tales elementos se enmarcan, a su vez, en una reiterada crítica a las rigideces del modelo burocrático clásico, que para múltiples ámbitos doctrinales, había entrado en una patente «crisis» (9).

Estas nuevas orientaciones en la gestión de las personas se han trasladado en mayor o menor medida al ámbito público. No obstante, esta incorporación tiene peculiaridades muy significativas que resultan de la especial posición constitucional de la administración pública en el Estado. Así, la incorporación de tales reformas dependerá de múltiples factores, entre los que pueden destacarse, como señalan FRANHAM y HORTON, la percepción de los poderes públicos, el ordenamiento constitucional, el sistema y la cultura política, las tradiciones administrativas y el papel del derecho administrativo, las estructuras de los servicios públicos así como el sistema de relaciones sindicales y el liderazgo político (10). No obstante, pueden advertirse líneas comunes de reforma del modelo de empleo público en los principales países desarrollados que vienen a ratificar las anteriores apreciaciones (11).

(6) LONGO, F.: *Mérito y flexibilidad...*, op. cit, p. 36.

(7) Para profundizar en esta cuestión: LONGO, F.: *Mérito y flexibilidad...*, op. cit, p. 37.

(8) OCDE: *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*, Ministerio de Administraciones Públicas y de la Presidencia, Madrid, 1997.

(9) LONGO, F.: «Los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea», en LONGO, F. y TAMYKO, Y.: *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2008.

(10) FRANHAM Y HORTON: «Evaluating Human Resources Flexibilities: a Comparative Perspective», en FARNHAM Y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, London, 2000.

(11) OCDE: *Modernising Government...*, op. cit.

1. La descentralización funcional de la gestión de los recursos humanos

La descentralización de las responsabilidades de gestión de los recursos humanos es una de las tendencias más comunes en este proceso de renovación del empleo público occidental. La descentralización de la función de los recursos humanos provoca que los órganos centrales de recursos humanos pasen a asumir eminentemente un papel de diseño general y formulación de las políticas de recursos humanos, y que a los órganos descentralizados les corresponda la gestión ordinaria del personal.

En un reciente informe de la OCDE dedicado al estado de la función pública, se reivindicaba a la delegación de la gestión de los recursos humanos como una de las claves de la evolución del empleo público a nivel comparado (12). Especialmente, se ha constatado un proceso de *apoderamiento* de los directivos directos, motivado por la necesidad de que aquéllos sean capaces de adaptar sus sistemas de recursos humanos a las necesidades de su organización. Se trata de una delegación, en numerosas ocasiones, limitada a la mera gestión de los recursos, reservándose el centro organizacional la selección, formación y la gestión de la carrera. En otras ocasiones, la descentralización conlleva asimismo la posibilidad de selección y cese de los empleados, en un nivel más profundo de descentralización funcional. La descentralización en materia de gestión de personal alcanza su modelo más extremo en los países en los que se ha producido una *agencialización* generalizada [por ejemplo, Suecia (13) o Gran Bretaña (14)].

Esta delegación se ha materializado a través de múltiples fórmulas organizacionales. En Alemania, por ejemplo, en aplicación del *Ressortprinzip* (principio de autonomía departamental), establecido por la Ley Fundamental del Bonn, los departamentos ministeriales son plenamente responsables de la gestión de sus recursos humanos, no existiendo un órgano común de coordinación interdepartamental en la materia. Lo mismo ocurre en la República Checa y Eslovenia. No obstante, en la mayoría de los países se ha mantenido un órgano central, ya sea para la mera coordinación entre ministerios y agencias (como en Australia, Bélgica, Nueva Zelanda, Portugal o Suecia) o como órgano especializado (es el caso de Italia, Méjico, Noruega, Estados Unidos o España, Secretaría de Estado de la Función Pública).

También en la Administración Comunitaria se producido este fenómeno descentralizador: mediante el Reglamento (CE) n° 58/2003 del Consejo, de 19

(12) OCDE: *The State of the Public Service*, Paris, 2008, p. 35.

(13) MURRAY, R.: «HRM in Swedish Central Government», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, London, 2000, p. 177.

(14) Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. y GUILLÉN CARAMÉS, J.: *La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña*, Clvitas, Madrid, 1996.

de diciembre de 2002, se establecería el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios, cuya creación tiene la finalidad de desconcentrar programas que presenten un alto grado de experiencia técnica y financiera a lo largo de todo el ciclo del proyecto; separación clara entre las etapas de programación y ejecución de proyectos, proyectos de carácter técnico cuya ejecución no suponga una toma de decisiones de carácter político; posibilidad de economía de escala a través de una gran especialización o la agrupación de programas similares en una misma agencia, renovación periódica de los objetivos y métodos de los programas, recopilación y elaboración de las estadísticas necesarias para la aplicación de todos los programas comunitarios (15). Estas agencias podrán contratar «directamente» agentes temporales (16), si bien su principal fuente de personal son los funcionarios comunitarios de régimen común, adscritos a tales agencias mediante comisión de servicios.

En España, este proceso se ha materializado —aunque, en algunos casos, de forma más limitada— a través de la creación de entes instituciones dependientes de las administraciones territoriales con capacidad para contratar personal laboral propio (17). En este sentido, la Ley 28/2006, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos prevería, en sus artículos 18 y 19, la posibilidad de contratación de personal (18). Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público ha venido a incorporar al personal dependiente de «los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas» en su propio ámbito de aplicación (19).

En términos generales, se ha puesto de manifiesto la necesidad de descentralizar, como mínimo, algunos aspectos de la gestión de los recursos huma-

(15) FUENTETAJA PASTOR, J.A.: «Las reformas de la Administración y de la Función Pública comunitarias», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 3, segundo semestre 2002.

(16) Artículo 14 Reglamento (CE) n° 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002.

(17) Vid. Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, para los organismos públicos dependientes de esta Administración, especialmente las entidades públicas empresariales que, de conformidad con el artículo 55, ostentan la facultad de contratación de personal propio. Cada Comunidad Autónoma ha regulado esta posibilidad en sus respectivas leyes reguladoras de sus administraciones públicas.

(18) Sobre el régimen del personal de las Agencias estatales españolas: DESCALZO GONZÁLEZ, A: «El personal de las agencias estatales», en la obra colectiva *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Curso Extraordinario de la Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2007.

(19) Lo cierto es que esta inclusión conlleva efectos muy limitados debido a que el personal contratado por las entidades públicas institucionales dependientes de las territoriales son, salvo en el caso de las agencias estatales, personal laboral, muy incidentalmente regulado por el Estatuto Básico.

nos, especialmente aquéllos que repercuten directamente en la motivación de los empleados (tales como la retribución individualizada), la posibilidad de los directivos de arbitrar medidas correctoras del rendimiento y la conducta profesional de los empleados directos (adopción de medidas disciplinarias y evaluación del desempeño) así como la aplicación concreta de la jornada de trabajo y los permisos (20).

La propia dinámica de la evolución en la gestión de la función pública comparada (en concreto, la introducción de elementos de individualización retributiva, la evaluación del desempeño o la consolidación de la figura del directivo público profesional) ha fomentado y, en algunos casos, impuesto la descentralización del ejercicio de determinadas funciones de personal.

Esta descentralización ha venido también propiciada, en ocasiones, por reformas presupuestarias que permiten la delegación de decisiones de gasto sobre partidas que, bajo una misma denominación de gasto operativo corriente, agregan gastos de personal y otros gastos administrativos y que han contribuido a una gran flexibilidad en la gestión del empleo público y a la relajación del control sobre aspectos clave de la gestión de personal, como por ejemplo, el dimensionamiento de plantillas, clasificación y remuneraciones. Tales reformas se han producido en Canadá (1988), Dinamarca (1988), Finlandia (1990), Holanda (1994), Nueva Zelanda (1989), Suecia (1992) y el Reino Unido (1986). Francia es también un ejemplo paradigmático de este fenómeno a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica de Finanzas del año 2001.

No obstante, la delegación de competencias en materia de personal no es una cuestión pacífica. Exige, por una parte, un cambio de cultura organizativa, especialmente en países con una cultura de organización centralizada muy fuerte. Por otra parte, impone el desarrollo de capacidades y competencias de gestión más desarrolladas en los directivos públicos así como una cierta variación en el papel desempeñado por la unidad central de recursos humanos, de gestor centralizado a planificador, diseñador de grandes políticas de gestión así como consultor interno para las unidades descentralizadas de gestión.

Por otra parte, en un marco más descentralizado de gestión se hace especialmente importante los elementos de coherencia general del modelo [para evitar la denominada «fragmentación» de la gestión (21)] así como el fortalecimiento de los elementos de control del gasto y de la legalidad.

En este sentido, los modelos de función pública altamente fragmentados han realizado esfuerzos dirigidos a dar mayor coherencia e integración al

(20) OCDE: *The State of the Public Service*, *op. cit.*, p. 35.

(21) CARDONA, F.: *Tendencias en la gestión de la función pública. Países Unión Europea y OCDE*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 2006.

sistema. Un ejemplo de este fenómeno es la función pública británica, sometida durante los años ochenta y noventa a una paulatina y fuerte descentralización operativa (programa «*Next Steps*» del tatcherismo inglés), que sustituiría una función pública uniforme por una concepción de un *Civil Service* compuesto por «una estructura federal de unidades más autónomas» (22). Como señala FUENTETAJA, la doctrina ha sido muy crítica con esta fragmentación o federalización de la función pública británica (23).

Lo cierto es que se ha realizado numerosos esfuerzos, desde entonces, para dotar a la función pública británica de mayor integración. Por ejemplo, en el año 2006 se aprobaría formalmente el «*Civil Service Code*», en el que se contenían los valores comunes de la función pública británica: la integridad («*integrity*»), la honestidad («*honesty*»), la objetividad («*objectivity*») y la imparcialidad («*impartiality*»). La relevancia de tales valores, tradicionales en la función pública inglesa, había sido reivindicada por múltiples instancias. Así, el *Fifth Report* del *Treasury and Civil Service Committee* enfatizó tales valores señalando que «reflejan y no imposibilitan los trabajos a realizar y afectan tanto a los funcionarios que sirven al público como aquellos que sirven directamente a los Ministros. Tales valores pueden y *deben actuar como una fuerza unificadora para todo el Civil Service*» (24). Existen también otras normas comunes relativas a la selección de personal aplicables al conjunto de departamentos y agencias del gobierno británico a través de las que se garantiza la efectiva aplicación del principio de publicidad y mérito en el acceso al empleo público británico (el *Civil Service Order in Council 1995*, conjuntamente con el «*Civil Service Commissioners' Recruitment Code*», elaborado este último por una comisión independiente cuya función es velar por el cumplimiento de los principios de mérito en el reclutamiento de los empleados públicos), así como instrucciones relativas a la gestión del personal, contenidas en el «*Civil Service Management Code*» (25). No obstante,

(22) «*Developments in the Next Step Programme: The Government reply to the Fifth Report from the Treasury and Civil Service Committee-Session 1988-89*», Cmnd. 841, p. 5, citado por FUENTETAJA PASTOR, J.A.: «Modelos europeos de función pública», en LINDE PANIAGUA, E. y PÉREZ VAQUERO, J.: *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Ed. Colex, 2003, Madrid, p. 125.

(23) CHAPMAN, R.: «The end of the civil service», en *Teaching Public Administration*, vol. 12, 1992 (2), pp. 1-5.; PYPER, R., *The British Civil Service*, Prentice Hall, Londres, 1995, pp. 181-187, citado por FUENTETAJA PASTOR, J.A.: «Modelos europeos de función pública», en LINDE PANIAGUA, E. y PÉREZ VAQUERO, J.: *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Ed. Colex, 2003, Madrid, p. 125.

(24) «The Role of Civil Service», n. 72, citado por FUENTETAJA PASTOR, J.A.: *Modelos europeos de función pública*, op. cit., p. 31.

(25) No obstante, no existe en sentido estricto una ley común reguladora, aún en sus extremos más generales, de la función pública británica. Esta norma de rango de ley, emanada del Parlamento, ha sido reiteradamente solicitada por la doctrina científica: vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. y GUILLÉN CARAMÉS, J.: *La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña*, op. cit., p. 106.

el principal elemento de cohesión sigue siendo un *Senior Civil Service* único y tendencialmente homogéneo.

2. La flexibilización de los instrumentos de gestión

Por otra parte, se ha impulsado en los distintos niveles de gestión un proceso de simplificación administrativa y de flexibilización de los procesos de gestión. Este proceso de flexibilización, siguiendo a Francisco LONGO, se concreta en diferentes facetas:

- la dimensión numérica, a la que antes hemos referenciado, que conlleva la posibilidad de variar el número de empleados públicos en virtud de las necesidades de la organización;
- la flexibilidad contractual, que conlleva modulaciones en la estabilidad y condiciones de trabajo de los empleados públicos,
- la flexibilidad funcional, que incorpora nuevos instrumentos de organización del trabajo y gestión del empleo;
- la flexibilidad salarial, que comporta cambios en los sistemas de compensación e incentivación;
- y la flexibilidad en el tiempo de trabajo, explorando nuevos diseños de jornada laboral (26).

No es cierto de la flexibilización de las relaciones laborales y, en particular, de las que se producen en el seno de la función pública, sea un fenómeno novedoso. Este movimiento flexibilizador emergería en los años 60 (27), si bien puede advertirse desde los años 90, un nuevo repunte en este proceso (28).

(26) FARNHAM y HORTON: «The Flexibility Debate», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, London, 2000, p. 9. En el mismo sentido, LONGO, F.: *Mérito y flexibilidad...*, op. cit.

(27) Vid. MACGREGOR, Douglas: *The Human Side of the Enterprise*, McGraw-Hill, New York, 1960.

(28) FARNHAM y HORTON advierten tres grandes oleadas flexibilizadoras. La primera se remonta a los años 60 y es coincidente con un período de elevado empleo, expansión de la fuerza de trabajo y mejora de la calidad de vida. La segunda coincide con la década de los ochenta, derivada de los efectos de el aumento de la competencia económica, la globalización, así como por los cambios estructurales de la economía y del impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo. Finalmente, la última oleada comienza en los años 90, derivada de la transformación que ha tenido lugar en las economías de la Europa del Este y en otros países de la OCDE, del crecimiento del conocimiento económico, el aumento del nivel formativo de los trabajadores, en continuo aprendizaje y continuamente adaptados al cambio (FARNHAM y HORTON: «Evaluating Human Resources Flexibilities: a Comparative Perspective», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, Londres, 2000, p. 314).

La flexibilidad contractual ha llevado en múltiples casos a la huida del derecho público en la regulación de las relaciones de trabajo del ámbito público para apostar cada más generalizadamente por modelos de empleo público sometidos al derecho privado del trabajo (por ejemplo, Italia a partir de su reforma legal de 1993, que supuso la práctica laboralización de todo el empleo público) o a modelos mixtos (como es el caso de España, Alemania, Francia, Bélgica o la Unión Europea). La aplicación del derecho laboral común al empleo público venía motivada por una visión excesivamente rígida de la regulación estatutaria funcionarial, frente al derecho del trabajo, más flexible y diversificado. No obstante, debe advertirse también una evolución de la regulación funcionarial cada vez más próxima al derecho de trabajo.

El caso italiano es paradigmático de un proceso de laboralización intensa de la función pública. Aunque la denominada «contractualización» del empleo público italiano ya era un término comúnmente aceptado en la doctrina en 1983 (29), fue el Decreto Legislativo n° 29 de 3 de febrero de 1993, el que dio un empuje decisivo a la asimilación del empleo público al privado (30). Tras numerosas modificaciones, se aprobaría el Decreto Legislativo de 30 de marzo de 2001, n° 165 (31), que asume como objetivo principal la homogeneización de los distintos regímenes (funcionarial y laboral) que coexistían en la función pública. Lo cierto es que la experiencia acumulada demuestra que el proceso de laboralización ha sido lento y no exento de problemas, tanto prácticos como jurídicos (32).

En el caso español, los procesos de laboralización del empleo público no han conllevado, en términos generales, una mayor flexibilización en la gestión. El resultado del proceso de laboralización de la función pública española arbitrado por la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984, luego limitado en su mayor parte, por la sentencia del Tribunal Constitucional 9/1987, de 11 de junio, no se ha traducido en un uso regular de los

(29) Terranova, S.: *Il rapporto di pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 99, citado por FUENTETAJA PASTOR, J.A.: «Modelos europeos de función pública», en LINDE PANIAGUA, E. y PÉREZ VAQUERO, J.: *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Ed. Colex, 2003, Madrid, p. 114.

(30) No obstante, la función pública italiana no se laboralizó en su totalidad, reservándose a ciertos colectivos el estatus funcionarial: magistrados ordinarios y administrativos, Fiscales y Abogados del Estado, el Personal militar, las fuerzas de política, así como los niveles más elevados de la carrera diplomática.

(31) *Gazzeta Ufficiale*, n. 106, de 9 de mayo de 2001. Esta norma ha sido a su vez, objeto de múltiples modificaciones, la última y más profunda modificación es la realizada por Decreto Legislativo 27 octubre de 2009, n. 150.

(32) FUENTETAJA PASTOR, J.A.: «Modelos europeos de función pública», en LINDE PANIAGUA, E. y PÉREZ VAQUERO, J.: *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Ed. Colex, 2003, Madrid, p. 125.

elementos de flexibilización propios del derecho laboral, advirtiéndose, por el contrario, la incorporación de las rutinas de gestión del personal funcionario al personal sometido al derecho común del trabajo (33), (34). El propio Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 se inserta en esta tendencia homogeneizadora (35).

Por otra parte, la flexibilidad contractual ha venido aparejada en numerosas ocasiones, a un uso masivo de la contratación temporal. Como señala PARRADO DÍEZ, la contratación temporal, pensada generalmente como recurso para hacer frente a puntas de carga de trabajo, sobrecargas estacionales, necesidades incidentales de trabajo experto o juicio independiente, campañas o proyectos de duración limitada o incidencias similares, contratación temporal ha tendido a convertirse en un recurso para resolver necesidades permanentes, eludiendo la rigidez de los sistemas de función pública (36). Se han propiciado, en numerosas ocasiones, nuevas causas contratación temporal o nombramiento de interinos.

Bélgica (en la misma línea que otros países europeos) ha incrementado progresivamente el número de contratados laborales, en numerosas ocasiones con el objetivo de sustituir a funcionarios públicos, ocupando puestos que podrían ser ocupados por personal estatutario (37).

En este contexto, la reforma operada en la función pública comunitaria, en el año 2004, introdujo un nuevo tipo de agente comunitario, ajeno al régimen general estatutario y sometido al régimen «aplicable a otros agentes»: el denominado «*agente contractual*», cuya creación no es sino el resultado de

(33) Vid. GODINO REYES, Martín: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

(34) En realidad, podría decirse que el fenómeno es doble: por una parte, se ha producido en España un fenómeno de «funcionarización» de la relación laboral de empleo público. Pero, también, recíprocamente, se dado un fenómeno simultáneo de «laboralización» del estatuto funcional, como se pone de manifiesto en el propio Estatuto Básico del Empleado Público. Así, por ejemplo, el Estatuto Básico del Empleado Público ha incorporado en su artículo 10, como causas de interinidad funcional, dos figuras procedentes del Derecho del Trabajo, como son la contratación laboral por obra y servicio [interinidad por ejecución temporal de programas, art. 10.1.c) EBEP] y la de acumulación de tareas [interinidad por exceso o acumulación de tareas, art. 10.1.d) EBEP].

(35) Al respecto: SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público», *Revista Autonomías-RCDF*, n° 24, 1999, Barcelona.

(36) PARRADO-DÍEZ, S.: «Introducing Rationality in Human Resources Management in Spanish Central Administration», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, op. cit., p. 157.

(37) Vid. OCDE: *Belgium*, OCDE Reviews of Human Resource Management in Government, Paris, 2007, p. 73.

la creciente relevancia que han ido adquiriendo el colectivo de agentes no sometidos al régimen funcional (38), (39).

La función pública francesa ha sufrido el mismo proceso de laboralización. La posibilidad de contratación laboral se encuentra prevista en las normas generales de las tres funciones públicas francesas (estatal, territorial y sanitaria) (40).

(38) FUENTETAJA PASTOR, J.A.: *La reforma de la función pública europea*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, n° 19, septiembre-diciembre 2004.

(39) Como explica FUENTETAJA PASTOR, existen dos tipos de agentes contractuales. Por un parte, el «agente contractual» en sentido estricto (art. 3 *bis* Reglamento) y se caracteriza por tres notas: (1) no están afectados a un puesto de trabajo de plantilla, (2) se retribuyen con cargo a créditos globales del presupuesto de cada Institución y (3) se les contrata para ejercer funciones con dedicación parcial o pleno en alguno de los siguientes destino; en una Institución, para efectuar tareas manuales o de apoyo administrativo; en las agencias de la Unión Europea o en otros organismos situados en la Unión Europea instituido, previo directamente del Comité del Estatuto, mediante un acto jurídico específico, emanado de una o varias Instituciones, que autorice el recurso a este tipo de personal, como será el caso de las agencias ejecutivas o de las oficinas de la Comisión, en las representaciones y las delegaciones de las Instituciones comunitarias; y en otros organismos situados fuera de la Unión Europea. Su contratación puede ser de duración determinada o indeterminada, clasificándose en un grado de la estructura del grupo de funciones correspondiente, al tiempo que se les reconoce una especie de «mini-carrera» al aplicárseles las disposiciones del Estatuto de funcionarios relativas a la evaluación y a la promoción (art. 87 Reglamento). La segunda clase es el «agente contractual de tareas auxiliares (art. 3 *ter* Reglamento), contratados por las Instituciones en puestos no previstos en plantilla por tiempo determinado (renovable, pero con una duración efectiva máxima de tres años) para ejercer funciones distintas a las del otro tipo de agentes contractuales y con el objeto de sustituir momentáneamente a funcionarios o agentes temporales del grupo de funciones de asistentes y, excepcionalmente, del grupo de funciones de administradores en puestos muy especializados.

(40) En la función pública estatal, la Ley de la Función Pública del Estado (LFPE-FR, en adelante) prevé que la contratación de agentes contractuales se pueda producir cuando no existen cuerpos de funcionarios susceptibles de desempeñar las funciones correspondientes y para los empleos de la categoría A en los que la naturaleza de las funciones o de las necesidades de los servicios lo justifiquen (en las representaciones del Estado en el extranjero podrán también contratarse agentes no titulares para los empleos correspondientes a las categorías B y C (art. 4 LFPE-FR). En estos tres supuestos, los contratos serán celebrados por una duración máxima de tres años y no podrán ser renovados salvo por reconducción expresa (art. 4.2 LFPE-FR). En todo caso, la duración de los contratos sucesivos no podrá exceder de seis años. Si, una vez cumplido este período máximo, estos contratos serán convertidos, por decisión expresa, en indefinidos (art. 4.3 LFPE-FR). En la función pública territorial, el artículo 3 FPT-FR, prevé las condiciones en las que los empleadores locales pueden recurrir a la contratación de agentes no titulares para ocupar los empleos permanentes. El artículo 3 precisa que los agentes contractuales podrán ocupar empleos permanentes para sustituir momentáneamente a los titulares para que ejerzan sus funciones a tiempo parcial o a los que se encuentren disfrutando de un permiso o con objeto de hacer cara temporalmente a la vacante de un empleo no provisto o para los empleos de la categoría A, cuando por la naturaleza de las funciones o las necesidades del servicio se justifique. En la función pública sanitaria, existe una situación particular, siendo el recurso al personal contratado relativamente más frecuente debido a las características de este servicio público, que exige la presencia de los trabajadores día y noche. Por otra parte, la existencia de una cierta

Recientemente, tanto la Ley n°2005-841, de 26 julio, relativa al desarrollo de los servicios de personal y por la que se establecen diversas medidas a favor de la cohesión social como la Ley n° 2009-972 de 3 de agosto relativa a la movilidad y a los itinerarios profesionales en la función pública han venido a facilitar el recurso a la fórmula de contratación laboral (41). En concreto, los artículos 12 y 13 de la Ley 2005-841 modificarían la Ley de la función pública estatal, aumentando la duración máxima de los contratos de duración determinada a tres años. El artículo 14 de la Ley 2005-841 modificaría también el artículo 3 Ley de la función pública territorial y el 16, las previsiones correspondientes del artículo 9 Ley de la función pública sanitaria, señalando, por otra parte, que «estos contratos son renovables, por reconversión expresa, la duración de los contratos sucesivos» no podrán exceder de seis años. En el transcurso de este período, o bien la colectividad renueva el contrato, deviniendo en su caso en un contrato de duración indeterminada, o bien lo extingue (42).

Por su parte, la Ley n° 2009-972 ha venido a ampliar, de forma significativa, las posibilidades de contratación de agentes no titulares, ya que permite expresamente que «*los agentes no titulares pueden ser reclutados para asegurar la sustitución momentánea de funcionarios autorizados a ejercer sus funciones a tiempo parcial o que se encuentren disfrutando de un permiso por enfermedad, permiso de maternidad o paternidad, de un permiso de presencia parental, o de cumplimiento del servicio civil o nacional o de reserva operativa, o para hacer frente, temporalmente y por tiempo máximo de un año, a la vacante de un empleo que no puede ser inmediatamente provisto*» (43). Con la incorporación de esta redacción, la Ley 2009-972 incorporaría una nueva figura en la función pública francesa, el personal interino, cuyo limitación temporal se establece en 18 meses si bien puede ampliarse a 9 meses cuando el objeto del contrato consista en la realización de trabajos urgentes de especial necesidad. De conformidad con la nueva redacción del Código de Trabajo, los empleados públicos pueden reclutar personal interino «*para tareas no durables*», en los cuatro supuestos siguientes:

crisis de vocaciones a la profesión sanitaria (AUBIN), obliga a los gestores de los establecimientos públicos de sanidad a recurrir a la fórmula laboral. El artículo 9.1 LFPH-FR precisa las condiciones de contratación en los hospitales públicas con el fin de sustituir temporalmente a los funcionarios no presente o para ejercer sus funciones a tiempo parcial.

(41) AUBIN, E.: *Droit de la Fonction publique*, Lextenso Éditions, 4^o ed. actualizada, 2010.

(42) Sobre las consecuencias de estas novedades legislativas en el conjunto del sistema del empleo público, vid. DAIIOGLOU, Hélène: *La gestion de l'emploi précaire dans la fonction publique: vers une logique d'emploi privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-provence, 2009, pp. 632 y ss.

(43) Traducción propia.

- Sustitución temporal de un agente por razón de una baja por enfermedad, un permiso de maternidad o paternidad, de un permiso de presencia parental, o de cumplimiento del servicio civil o nacional o de reserva operativa.
- Vacante temporal de un empleo que no puede ser inmediatamente provisto en las condiciones previstas por los diferentes títulos del Estatuto General de los Funcionarios Públicos.
- Crecimiento temporal de tareas
- Necesidad ocasional o de temporada.

Lo cierto es que, aunque se han sucedido numerosos intentos de reconversión y reducción del empleo público temporal representado por los agentes no titulares vinculados a la administración con un contrato de duración determinada (en cualquiera de sus modalidades) (44), su utilidad ha sido muy limitada (DAÏOGLOU) y el número total de este colectivo no ha dejado de aumentar. Las últimas reformas legales operadas en la función pública francesa pronostican la continuación progresiva de esta tendencia.

Según advierte la OCDE, en muchos casos el empleo de personal contratado no puede explicarse por la flexibilidad de su estatuto jurídico, especialmente en lo que se refiere a la extinción de los contratos. Hay varias hipótesis que explican por qué el personal contratado está incrementándose. Por una parte, el proceso selectivo para reclutar a funcionarios públicos puede ser más rígido y costoso que el empleado para seleccionar al personal laboral, especialmente si produce la creación de un nuevo puesto de trabajo para el funcionario público. En segundo lugar, en algunos gobiernos, el coste asociado del personal laboral es menor que el ocasionado con el personal funcionario (coste de pensiones así como subsidios de empleo). En tercer lugar, muchos gobiernos (como en España) utilizan la relación laboral común, para ocupar

(44) Se han producido sucesivos planes de lucha contra la precariedad en el empleo público a través de fórmulas de «discriminación positiva» a favor de los agentes no titulares con el objetivo de facilitar su integración en el seno de la función pública. Esta integración ha sido permitida por medio de una excepción del modo tradicional de acceso a la función pública, el concurso (así lo permite la propia ley: «*los funcionarios son reclutados por concurso salvo derogación previstas por la ley*», art. 16 LDOF). En este sentido, se han articulado planes consistentes en la titularización de los agentes contractuales sin concurso (como el previsto en el artículo 126 LDOFP de 1986) o a través de concurso reservados a agentes no titulares (Ley n° 96-1093, de 16 de diciembre de 1996, relativa al empleo en la función pública y a diversas medidas de orden estatutario), sin olvidar la figura de la creación del concurso «por tercer turno» o «tercer concurso» a través de la Ley 2001-2 de 3 de enero, relativa la rescisión del empleo precario y a la modernización del reclutamiento en la función pública así como sobre las jornadas de trabajo en la función pública territorial). Sobre los reiterados intentos de reducción de la precariedad en el empleo, vid. DAÏOGLOU, H.: *La gestión de l'emploi précaire dans la fonction publique...*, op. cit, pp. 83 y ss.

posiciones de baja cualificación, tales como conductores, personal de limpieza o de servicios de cafetería. En algunos gobiernos, como en el Gobierno Flamenco, se ha producido cada cierto tiempo procesos masivos de regularización del personal laboral contratado (45).

Por su parte, la flexibilidad funcional ha venido a ser definida, ya tradicionalmente, como la capacidad de los empleados, conseguida mediante sus conocimientos, habilidades y arreglos laborales, para responder rápida y flexiblemente a los nuevos retos planteados por el entorno (46). En el marco de la flexibilidad funcional, se han sucedido los intentos de eliminar o reducir la rigidez de los mecanismos de reclutamiento, selección, diseño de puestos y tareas, evaluación, promoción y movilidad, característicos de los modelos burocráticos de función pública. En el reclutamiento y la selección, como posteriormente enunciaremos cuando tratemos específicamente los sistemas de carrera, el objetivo de las reformas se centra en superar los mecanismos basados estrictamente en conocimientos técnicos especializados o en méritos meramente formales (47). En numerosos casos, las tendencias dominantes de cambio apuntan a la introducción de modelos basados en competencias (así, ha ocurrido en Bélgica, Holanda o Finlandia y, en menor medida, en Alemania) y la modernización de las técnicas de clasificación de puestos de trabajo.

3. La individualización de las condiciones de trabajo

Otra tendencia general en las reformas de los modelos comparados es atribuida a la individualización del contrato laboral, de la responsabilidad y de la remuneración. En concreto, la individualización de las responsabilidades y las contraprestaciones salariales de los empleados públicos es una tendencia generalizada, fomentándose mecanismos de control del rendimiento (o evaluación del desempeño) de cada empleado público, de cuyos resultados dependerán tanto sus retribuciones como su propia progresión profesional o, incluso, su continuidad en el puesto. Ello se ha producido, especialmente, en el nivel directivo profesional (48).

Este interés por el desempeño individual se enmarca en un proceso de mayor envergadura dirigido hacia una visión de la gestión pública más volcada en los resultados o en el rendimiento que en los procedimientos. El término

(45) OCDE: *Belgium, op. cit.*, p. 72.

(46) HEGEWISH, H.A.: «Employment flexibility: Push or pull», en Corby, S. y White, G. (comps.), *Employee Relations in the Public Services*, London, Routledge, 1999, p. 128.

(47) LONGO, F.: *Mérito y flexibilidad...*, *op. cit.*, p. 174.

(48) JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Directivos públicos*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006, Oñati.

anglosajón «*performance*», utilizado frecuentemente para acoger este concepto, se define generalmente como la habilidad de una organización para adquirir recursos de forma económica así como para usar estos recursos eficiente y eficazmente posibilitando la consecución de los objetivos o finalidades atribuidas (49). En este sentido, la gestión del rendimiento organizacional («*organizational performance management*») se inserta en una amplia reorientación de la gestión pública que se ha materializado, en procesos de reforma presupuestaria, especialmente dirigida a los gastos, en el generalizado establecimiento de objetivos, en la evaluación sistemática de los resultados y en el ejercicio regular de la rendición de cuentas. Este proceso ha conllevado esfuerzos para desarrollar la calidad de la gestión en el nivel operacional. En el plano individual, más cercano a la materia que nos ocupa, esta orientación por los resultados ha provocado un interés renovado por la gestión del rendimiento, entendiendo como tal, un proceso dirigido a asegurar que los empleados conozcan lo que se espera de ellos, sea evaluado su rendimiento, mejoren continuamente aquél y sean ayudados para trabajar mejor. Uno de los principales retos se dirige a que los directivos públicos sean capaces de trabajar con su equipo para alinear las necesidades individuales, los intereses y las aspiraciones relacionadas con su carrera profesional con las necesidades y objetivos de la organización. Debe recordarse además, cómo en la mayoría de las reformas arbitradas para mejorar el rendimiento organizacional, la evaluación del desempeño se encuentra directamente vinculado al reconocimiento profesional, especialmente, en el retributivo o en la carrera profesional.

Este mayor interés por los resultados ha alcanzado también al plano retributivo. El mercado de trabajo y los servicios públicos se han tornado menos homogéneos y las organizaciones públicas necesitan —tanto como cualquier otro empleador— sistemas retributivos suficientemente flexibles para permitir su adaptación a la situación específica y los requerimientos de cada unidad organizacional, las habilidades específicas, méritos y resultados de cada empleado así como para tener éxito en la cada vez mayor competencia por las habilidades profesionales en cada mercado de trabajo específico (50).

Los tradicionales sistemas retributivos, con sistemas comunes de grados, asociados con escalas retributivas y progresiones basadas en la antigüedad, se muestran excesivamente rígidas para el desarrollo de una moderna gestión de recursos humanos así como una efectiva orientación a los resultados. Lo cierto es que la modernización de los sistemas retributivos es un fenómeno relativamente moderno. Las primeras reformas dirigidas a este objetivo datan de los años 80, especialmente en Dinamarca, Italia, Holanda, Nueva Zelanda,

(49) OCDE: *The State of the Public Service*, op. cit., p. 47.

(50) OCDE: *The State of the Public Service*, op. cit., p. 58.

Suecia, Reino Unido y Estados Unidos (51). España se incluiría en este primer grupo de países pioneros con la reforma del sistema retributivo acontecida por la Ley de Medidas de la Reforma de la Función Pública de 1984 (52). Alemania adoptaría una modificación de su sistema retributivo en 1997 con el fin de hacerlo más atractivo y flexible (53).

Por su parte, Dinamarca modificaría, en 1999, su tradicional sistema de retribuciones basado en cincuenta y cinco escalones de salario, cuya progresión se fundamentaba en la antigüedad, por un sistema basado en la «*performance*», cuyos principales objetivos serían (1) la articulación una base sólida para reclutar y mantener personal de calidad, (2) el aseguramiento de la vinculación efectiva entre la remuneración y las responsabilidades, autoridad, la calidad, el rendimiento de los agentes y, especialmente, con el desarrollo de sus competencias profesionales y (3) finalmente, el refuerzo de la transparencia el sistema con la finalidad de que los agentes lo consideren justo. A partir de tales objetivos, el sistema retributivo danés pasaría a componerse de tres elementos fundamentales: uno salario-base, correspondiente a la cualificación académica del funcionario, un complemento retributivo vinculado a las responsabilidades a ejercer o la experiencia anterior del candidato y un componente retributivo ligado al rendimiento («*performance*») (54). Recientemente, Irlanda también ha incorporado un sistema de «gestión del resultado y desarrollo» (*Performance Management and Development System*), basado en la gestión de competencias en virtud del cual se vincula la progresión retributiva con la evaluación anual del desempeño (55). Por su parte, en la función pública belga se prevé un complemento vinculado a competencias («*competence allowance*») que percibe el funcionario mediante la acreditación de la adquisición de nuevas competencias profesionales (56).

En términos generales, pueden advertirse elementos comunes en la reforma de los sistemas retributivos del ámbito occidental. Todos ellos se dirigen princi-

(51) OCDE: «*The State of the Public Service*», *op. cit.*, p. 59.

(52) Si bien con muy relativo éxito, especialmente, por lo que se refiere a la aplicación del complemento de productividad. Vid. CASTILLO-BLANCO, F.A.: «*El sistema retributivo en la función pública española*», Ed. Marcial Pons, 2002, Barcelona.

(53) CASTILLO-BLANCO, F.A.: «Un acercamiento a las tendencias retributivas en el derecho comparado y en el sector privado», *RVAP*, 60, Vitoria, 2001.

(54) CHEMLA-LAFAY A. y otros: *La performance des fonctions «ressources humaines», Étude préparatoire*, Institut de la gestion publique et du développement économique, Paris, 2008, p. 29.

(55) HURLEY, D.: *Civil Service Salary System in Ireland and Recent Reform Trends*, Conference on Civil Service Salary Systems in Europe, Bucharest, 2007. También, OCDE: *Ireland, towards an integrated public service*, Paris, 2008.

(56) JANSSENS, J.: *Some Topics of the Copernicus Reform: the remuneration System for Federal Public Servants and the Salary Reform in the Belgian Public Sector*, Conference on Civil Service Salary Systems in Europe, Bucharest, 2007.

palmente a la adaptabilidad e individualización retributiva, la flexibilización retributiva y de las estructuras de grados retributivos, con un menor peso de los incrementos automáticos y de las progresiones retributivas basadas en la antigüedad, También se ha generalizado la descentralización de la determinación de una parte de las retribuciones, así como la mayor adaptación de la remuneración a las habilidades, la responsabilidad y los resultados (57).

Tabla 1. Complementos vinculados a resultados en países de la OCDE
(Fuente: OCDE: «*The State of Civil Service*», *op. cit.*, p. 62)

	Proporción máxima que representa el complemento sobre el salario base	Concepto retributivo	Ámbito de aplicación
Australia	N.d.	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Canada	20%	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Nivel directivo
República Checa	50%	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Dinamarca	N.d.	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	N.d.
Finlandia	50%	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Francia	20%	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Directivos públicos
Alemania	10%	Complemento retributivo específico	Conjunto de empleados públicos
Hungría	20%	Incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Irlanda	20%	Complemento retributivo específico	Directivos públicos

(57) OCDE: *The State of the Public Service*, *op. cit.*, p. 60.

Italia	10%	Complemento retributivo específico	Directivos públicos
Japón	N.d.	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Corea	20%	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Holanda	10%	Incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Noruega	40%	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Directivos públicos
España	10%	Complemento retributivo específico	Conjunto de empleados públicos
Suiza	18%	Incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Reino Unido	N.d.	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos
Estados Unidos	1-20%	Complemento retributivo específico e incremento vinculado al mérito	Conjunto de empleados públicos

En el marco del mismo interés por el rendimiento organizacional, se ha generalizado un especial énfasis en el control del desempeño individual del funcionario. Salvo España, Grecia, Islandia, Japón y Luxemburgo, todos los modelos de empleo público occidentales disponen de fórmulas generales de evaluación del rendimiento profesional (58). En la mayoría de las ocasiones, la evaluación del desempeño se basa principalmente en los objetivos definidos

(58) OCDE: *Trends in human resources management policies in OECD countries. An analysis of the results of the OECD survey on strategic human resources management*, 2005, París. También, para conocer las experiencias específicas en cada país, pueden consultarse: OCDE: *Programme de gestion du rendement a la fonction publique federale du Canada*, Coloquio de alto nivel coorganizado por la OCDE y Alemania, 13-14 marzo 2002, Berlín; OCDE: *How to manage individual performance — United Kingdom Country report*, Coloquio de alto nivel coorganizado por la OCDE y Alemania, 13-14 de marzo de 2002, Berlín; OCDE: *Working for results: the american experience in enhancing government performance*, Coloquio de alto nivel coorganizado por la OCDE y Alemania, 13-14 de marzo de 2002, Berlín.

en un acuerdo entre el empleado y su superior. La descripción del puesto de trabajo se usa poco como estándar de evaluación (59). En numerosas ocasiones, se ha vinculado evaluación con retribuciones (vid. supra) (60).

En el ámbito comunitario, la evaluación del desempeño se ha consolidado desde la reforma del año 2004. El artículo 43 SR (61) establece, con carácter general, que «la habilidad, eficiencia y la conducta en el servicio de cada empleado deberá ser objeto de un informe periódico». Se trata de una evaluación anual, referenciada desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del año anterior. Se lleva a cabo por el superior jerárquico a través de un diálogo con el funcionario evaluado, si bien su informe es validado por otro superior jerárquico y es susceptible de recurso. La evaluación versa sobre la eficiencia del trabajo (el nivel de cumplimiento de los objetivos fijados), así como su nivel de competencias y su conducta.

Este fenómeno de individualización y flexibilización retributiva y de vinculación entre las retribuciones y la evaluación del desempeño ha cobrado un especial vigor en el plano de los cuadros directivos. No es difícil adivinar, en este sentido, la especial adaptabilidad de estos sistemas al ámbito directivo. Cada vez más países están empleando sistemas más complejos de contratación y remuneración vinculados a objetivos sujetos a evaluación (62). En Bélgica, por ejemplo, se prevé que al final del mandato del directivo, perciba una prima específica cuando el resultado de la evaluación del desempeño haya sido «satisfactoria» o «muy buena» (la denominada «*indemnit  de r int gration*») (63). En la función pública francesa, se ha introducido recientemente la denominada «prima de funciones y resultados» («*prime de fonctions et de résultats*») que viene remunerar tanto el nivel de responsabilidades vinculadas al puesto como el resultado de las evaluaciones individuales (art. 2 Decreto n  2008-1533 de 22).

El Estatuto Básico del Empleado Público del 2007 no ha sido ajeno a esta evolución incorporando múltiples referencias a la gestión del rendimiento.

(59) CARDONA, F.: *Evaluación del desempeño en la función pública comparada*, Seminario sobre el Desarrollo del Estatuto Básico del Empleado público (EBEP), Santander, 6 septiembre 2007.

(60) Francisco CARDONA realiza una visión crítica de la aplicación de la evaluación como incentivo retributivo. CARDONA, F.: *Evaluación del desempeño en la función pública comparada*, Seminario sobre el Desarrollo del Estatuto Básico del Empleado público (EBEP), Santander, 6 septiembre 2007.

(61) Staff Regulations of Officials of European Communities.

(62) OCDE: *Managing Senior Management: Senior Civil Service Reform in OECD member countries*, 28th Session of the Public Management Committee, 13-14 November 2003, Ch teau de la Muette, Paris.

(63) A.R. de 29 de octubre de 2001 y de 2 de octubre de 2002.

Así, su artículo impone a todas las Administraciones Públicas españolas el establecimiento de «sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados públicos» (art. 20.1, primer párrafo EBEP) entendiéndose como tal «el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados». En este sentido, el nuevo legislador básico ha querido vincular el sistema de gestión del rendimiento con otros elementos del modelo general del modelo general, tales como la carrera profesional (art. 17.b EBEP), la formación (art. 20.3 EBEP), la provisión de puestos de trabajo (art. 20.3 y 78 y ss EBEP) o las retribuciones complementarias (art. 20.3 y 24 EBEP), incluso sobre la propia continuidad del funcionario en el puesto de trabajo (art. 20.4 EBEP). La vinculación advertida entre evaluación del desempeño y otros elementos del modelo de función pública es tan intensa que la implantación de sistemas de gestión y evaluación del rendimiento se configura, en virtud de su artículo 20.5, como un presupuesto necesario para la implantación de sistemas de carrera horizontal, de retribuciones vinculadas al desempeño o de remoción del puesto por motivos de rendimiento insuficiente (art. 20.5 EBEP).

IV. PRINCIPALES ELEMENTOS DE RENOVACIÓN DE LOS SISTEMAS COMPARADOS DE CARRERA FUNCIONARIAL

Como hemos señalado anteriormente, los sistemas de función pública denominados «*de carrera*» no han sido ajenos a este proceso de reforma del modelo de gestión de recursos humanos en el ámbito público.

Los sistemas de carrera se basan en un diseño jerarquizado de los empleos públicos que implican que los empleados, reclutados en un determinado nivel de empleo, puedan con el tiempo efectuar un recorrido ascendente a través de una serie de niveles, hasta llegar al nivel máximo que les corresponda. Por tanto, en los sistemas de carrera existen ciertos puestos que se consideran de acceso, reservados al reclutamiento externo y el resto de los puestos correspondientes a niveles superiores son provistos mediante la promoción interna (en sentido amplio). En todo sistema de carrera existe, pues, un determinado número de divisiones horizontales (categorías, escalas, grados, clases, grupos u otras denominaciones) que reflejan esa jerarquización de los empleos y cuyos límites son, por un lado, los puntos en los que se produce el reclutamiento externo y, por otro, los que marcan el nivel máximo al que pueden llegar la promoción interna. Lo normal es que esa jerarquización horizontal tenga en cuenta el nivel formal (acreditado por un título o diploma) de los conocimientos especializados exigidos para el acceso. Son ejemplos paradigmáticos de sistemas de función pública basados en el modelo de carrera los de Francia, la Unión Europea, Japón, Bélgica o España.

La implantación de un sistema de carrera administrativa ha sido, en la mayoría de los casos, el presupuesto necesario para la consolidación institucional del poder público a través de la conformación de una Administración racionalizada, tecnificada e imparcial, clave en el efectivo desarrollo del principio democrático; una Administración pública dirigida y controlada por la política, en aplicación del principio democrático, pero no patrimonializada por ésta, lo que exige preservar una esfera de independencia e imparcialidad en su funcionamiento, por razones de interés público. La consolidación de una Administración profesional, bajo la configuración de un sistema de carrera, ha permitido, con mayor o menor éxito, la existencia de un instrumental de protección del empleo público frente a prácticas de padrinazgo o clientelismo político (64).

No obstante, debe recordarse que gran parte de los sistemas de carrera actuales han sufrido, en el marco del proceso de reforma del modelo de gestión pública más arriba mencionado, una profunda evolución (65) incorporándose en su configuración interna numerosos elementos propios de un sistema de puestos de trabajo (tradicional alternativa al de carrera) así como variados elementos de flexibilización. Pasemos analizarlos más pormenorizadamente.

1. La incorporación de nuevas herramientas de organización del trabajo: clasificación de puestos de trabajo y gestión por competencias

La incorporación de métodos de clasificación de puestos de trabajo y gestión por competencias, importados de sistemas de puestos de trabajo así como del sector privado, pero incorporados con naturalidad a los sistemas de carrera, persiguen el objetivo de racionalizar tanto la asunción de responsabilidades como la determinación de las remuneraciones. La clasificación de puestos de trabajo se enmarca en un proceso por el que se dota de mayor relevancia, tanto en la selección, en la provisión, como en la remuneración, a las características del puesto de trabajo, desterrando en numerosas ocasiones los primigenios modelos selectivos y retributivos basados predominantemente en la categoría subjetiva del funcionario y no tanto en el trabajo que realizará una vez incorporado en el puesto.

Lo cierto es que la clasificación de puestos de trabajo no es una novedad en el marco de los sistemas de carrera funcional. Puede recordarse, por

(64) PARRADO, S.: *La evolución histórica de la función pública: principales tendencias*, versión no publicada. Texto de apoyo para la preparación de la asignatura de Burocracia y Administración de Personal del curso 2003-2004, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2003.

(65) OCDE: *Modernising Government...*, *op. cit.*

ejemplo, que tal técnica ya fue incorporada en 1964 en la función pública española por aplicación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, si bien con efectos muy limitados (66). En Estados Unidos, la clasificación de puestos de trabajo se remonta a 1923 (Classification Act) (67). No obstante, la relevancia de la descripción y clasificación de los puestos de trabajo se ha revitalizado, si cabe, con la generalización de los nuevos valores en la gestión de las personas en el ámbito público (evaluación, retribuciones individualizadas, eficiencia organizativa,...). Estos nuevos instrumentos de gestión de los recursos humanos fomentan la utilización de métodos de definición de las funciones y competencias atribuidas a cada puesto, también en los sistemas tradicionales de carrera. En concreto, como señala LONGO, existe una doble orientación en las reformas: a) *horizontal*, incrementando el número de tareas susceptibles de ser realizadas por el titular del puesto, en el caso de resultar necesario por razones organizativas, o, si se prefiere, reduciendo la especialización y estandarización a un mínimo compatible en cada caso con la eficacia y calidad del trabajo; y b) *vertical*, lo que supone ampliar el abanico de niveles o bandas en las que se clasifican las tareas que pueden ser exigibles al ocupante del puesto. El objetivo de tales reformas es aumentar la versatilidad de los puestos y, consiguientemente, la flexibilidad con que la organización puede disponer de sus recursos humanos en contextos de cambio, permitiendo un mejor aprovechamiento de los mismos (68).

Por ejemplo, a partir de los años 2000-2005 se incorporarían sistemas de clasificación de puestos-tipo en las tres funciones públicas francesas (la estatal, la territorial y la hospitalaria o sanitaria), describiendo perfiles generales de puestos de trabajo en función de sus características y de las competencias necesarias para su correcto desempeño (69).

Otro ejemplo paradigmático de este interés por la polivalencia funcional es la reforma de la función pública comunitaria. Como explica B. JANSEN, una de las principales razones para esta modificación en 2004 de la regulación de la carrera profesional en la Comisión Europea fue la necesidad de desbloquear una excesiva rigidez en el desarrollo de la antigua carrera, permitiendo así que un gran número de funcionarios altamente cualificados de categorías inferiores asuman con mayor facilidad responsabilidades de superior nivel para las cuales, con la regulación precedente, estaban vetados. Con este fin,

(66) FÉREZ, Manuel: *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*, Estudios de Relaciones Laborales, Diputación de Barcelona, 2006, p. 29.

(67) MILKOVICH, G. y WIGDOR, A. (ed.): *Pay for Performance: Evaluating Performance Appraisal and Merit Pay*, National Academy Press, Washington, D.C., 1991, p. 15.

(68) LONGO, F.: *Mérito y flexibilidad...*, *op. cit.*, p. 176.

(69) DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE: *Les métiers de l'État*, Stud'imprim, Ministère de la Fonction Publique, 2006, París.

disminuye el número de escalones en cada grado (pasando de ocho a cinco), favoreciendo, como contrapartida, la promoción para la progresión salarial y la carrera (70), (71).

Además de la modernización de los sistemas de clasificación de puestos de trabajo, se han desarrollado en múltiples países occidentales técnicas de gestión por competencias (72), especialmente en el plano de la selección y provisión de puestos. Importadas del sector privado (73), estas técnicas se han empleado especialmente en los países anglosajones (74) aunque progresivamente van incorporándose a países donde tradicionalmente han existido sistemas de carrera. Por ejemplo, Bélgica ha conformado un sistema de carrera profesional basado en la evaluación progresiva de las competencias (Arrêté royal de 7 de agosto de 1939 por la que se establece la evaluación y la carrera de los agentes del Estado, versión consolidada 2011). La determinación de las competencias objeto de evaluación vienen determinadas con base en las características del puesto de trabajo así como en el grupo profesional al que pertenece el funcionario. Recientemente, la Administración federal ha editado un manual de gestión de competencias (75) y un diccionario de competencias (76) para su ámbito de personal. También se han incorporado sistemas de gestión por competencias en determinados ministerios de la función pública francesa (77) y en los procesos selectivos para el acceso a la función pública comunitaria.

(70) JANSEN, B.: «Les modifications apportées au statut», en Govaere, I. y Vandersanden, G. (ed.): *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruylant Bruxelles, 2008, p. 16.

(71) Vid. artículo 44 y 45 del Estatuto de los funcionarios comunitarios.

(72) Puede entenderse por competencias, a estos efectos, las características comportamentales de un individuo en relación directa con el cumplimiento eficaz o remarcable de un trabajo (BOYATZIS, R.: *The Competent Manager: A Modelo for Effective Performance*, Wiley, New York, 1982).

(73) Un artículo de MCCLELLAND en *The American Psychologist*, del año 1973, es considerado por algunos como el texto fundacional de la gestión por competencias.

(74) Especialmente, en Inglaterra: LONGO, F.: *La reforma del servicio civil en las democracias avanzadas: mérito con flexibilidad*, Documento de trabajo, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2001.

(75) SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL PERSONNEL ET ORGANISATION: *Gestion des compétences au sein de l'Administration Fédérale*, Service Public Fédéral Personnel et Organisation, Bruxelles, diciembre 2009.

(76) SERVICE PUBLIC FÉDÉRAL PERSONNEL ET ORGANISATION: *Dictionnaire des compétences de l'Administration fédérale*, Service Public Fédéral Personnel et Organisation, Bruxelles, enero 2010.

(77) DGAFP: *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques 2008-2009*, volumen 2, La documentation française, París, 2010, p. 30.

2. La renovación de las fórmulas de selección de personal y provisión de puestos de trabajo.

La innovación de los procesos de selección de personal y provisión de puestos de trabajo es otra de las reformas más comunes llevadas a cabo en los sistemas comparados de carrera funcionarial. Frente a modelos en los que se seleccionaba a los nuevos funcionarios a través de pruebas exclusivamente fundamentadas en pruebas de naturaleza técnica para las que se exigía un gran esfuerzo memorístico, en la actualidad han ido incorporándose nuevos modelos selectivos de carácter multifactorial en los que se valore la idoneidad del aspirante a través de procesos en los que se pretende valorar no sólo preparación técnica sino también sus habilidades y aptitudes de personalidad. A ello ha ayudado la implantación, en la línea señalada en el epígrafe anterior, de sistemas de gestión por competencias.

Se han mejorado los sistemas de gestión de la selección, creando o mejorando los órganos tradicionales responsables de esta materia. Así, en Bélgica, se crearía un organismo público denominado SELOR (*Bureau de sélection de l'administration*) cuyo cometido es la selección del personal del conjunto de administraciones públicas belgas (a salvo de la flamenca, que ha creado su propio organismo autónomo de selección). En la misma línea, la Comisión Europea crearía en el año 2003 una oficina de selección de personal de naturaleza interinstitucional, la «European Personnel Selection Office».

En concreto, las funciones atribuidas a las oficinas de selección de personal en los sistemas occidentales de carrera también están evolucionando, incorporándose nuevas funciones. SELOR, además de la competencia en selección de personal externo (la más importante, eso sí, desde el punto de vista cuantitativo), acumula otras funciones, tales como la «*orientation*», es decir, la evaluación de candidatos para los procesos de promoción interna al nivel más alto de las categorías profesionales (78), o la «*certificación*», consistente en las tareas de certificación de competencias (medición de competencias y perfiles de competencias) (79), en tests lingüísticos así como en certificaciones de metodología (de las pruebas realizadas por otras instituciones de selección de personal).

Por su parte, Canadá ha arbitrado nuevas fórmulas para acelerar la provisión de los puestos de trabajo de nuevo ingreso, intentado articular un modelo selectivo basado en la demanda, y no tanto en la oferta (como es tradicional en los modelos comparados de función pública de carrera). Para acelerar los procesos selectivos, las campañas y programas intensivos de reclu-

(78) Esta competencia sólo alcanza al personal del Gobierno Federal.

(79) OCDE: *Belgium, op. cit.*, p. 60.

tamiento son desarrollados a través de medios telemáticos, en las regiones y las universidades. Después de los procesos selectivos, que pueden consistir en tests de competencias o entrevistas con un tribunal de selección, los candidatos seleccionados son inscritos en un «repertorio», un «vivero» de competencias inmediatamente utilizables, donde los servicios pueden acudir en cualquier momento en función de sus necesidades particulares (80). Se trata de un modelo de selección muy cercano al de la Unión Europea.

En términos generales, se ha producido una profesionalización generalizada de las pruebas de selección, acercándose paulatinamente a las características y necesidades concretas de los puestos a cubrir (81). La utilización de sistemas de gestión por competencias en la función pública comparada ha permitido innovar recientemente en las fórmulas de selección de personal. Así, en la función pública belga se incorporado la evaluación de competencias en los procesos selectivos. En concreto, SELOR aplicaría a partir del año 2004, como parte de las pruebas de selección, un test de competencias, iniciando el proceso de implantación de este tipo de pruebas por la categoría C. Según la OCDE, alrededor del 70% de procesos selectivos organizados por SELOR son actualmente dirigidos a valorar una cierta experiencia profesional y un determinado nivel de competencias (82).

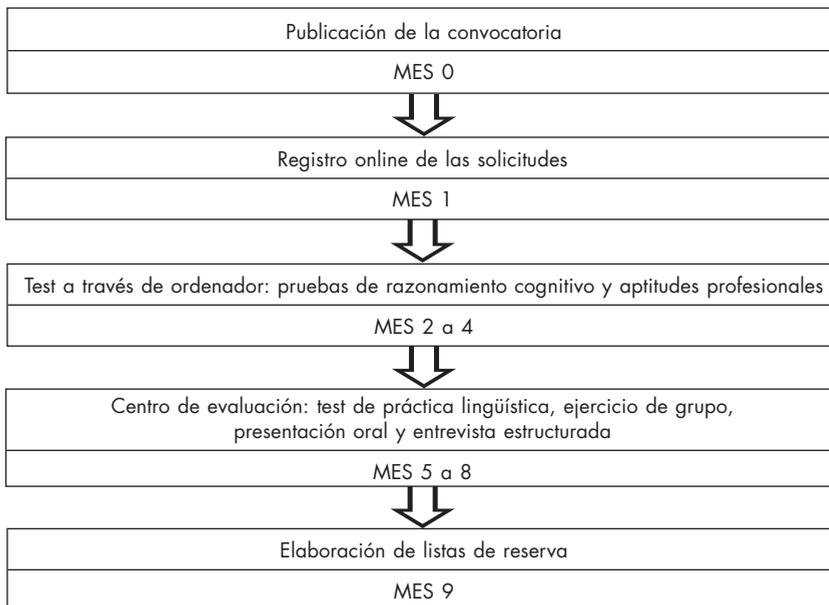
Cabe destacar la reciente reforma producida en las pruebas selectivas para el ingreso en la función pública comunitaria. El nuevo proceso de selección constará de dos fases: (1) pruebas de preselección con ordenador en cada país miembro (y algunos no miembros) de la UE y (2) fase de evaluación en Bruselas. Se publicará información detallada sobre cada oposición en esta web y en el Diario Oficial de la Unión Europea. Los candidatos que superen la fase de evaluación pasarán a formar parte de una «lista de reserva». Se trata de una base de datos a partir de la cual las instituciones de la UE pueden elegir al personal que haya superado los procedimientos de selección.

(80) CHEMLA-LAFAY A. y otros: *La performance des fonctions «ressources humaines ...»*, op. cit. p. 29.

(81) CHEMLA-LAFAY A. y otros: *La performance des fonctions «ressources humaines ...»*, op. cit. p. 40.

(82) OCDE: *Belgium, op. cit.*, p. 60.

Tabla 2. Nueva estructura de las pruebas selectivas en la Comisión Europea (Fuente: www.europa.eu)



La fase de admisión consistirá, al igual que en Bélgica, en pruebas por competencias (y no tanto de conocimientos), desapareciendo la tradicional prueba inicial de conocimientos sobre la UE. Los conocimientos sobre la UE se examinarán posteriormente, en la fase de evaluación, y en estrecha relación con ejercicios prácticos relacionados con cada puesto. La prueba de admisión se llevará a cabo, en función del perfil solicitado, mediante pruebas con ordenador de la capacidad cognitiva (razonamiento verbal, numérico y abstracto), de criterio ante situaciones hipotéticas y de idiomas (83).

En la función pública francesa también se han sucedido numerosos intentos de modernización del sistema de concurso (equivalente al sistema de oposición español) (84). Por una parte, se han introducido sistema de validación

(83) http://europa.eu/epso/discover/selection_proced/selection/index_es.htm#chapter1

(84) La modernización de los sistemas selectivos en la función pública francesa ha sido tratado, en los últimos años, por múltiples informes oficiales relativos a la función pública. Así, el informe POCHARD (2007) se dedicaría a la diversificación de las modalidades de reclutamiento de la alta función pública. El informe LE BRIS (2008), dedicado a la formación de los empleados públicos, incluía algunas propuestas sobre selección entre las cuales pueden destacarse la integración de la selección de los agentes públicos del Estado en el movimiento de profesionalización conformado

de la experiencia profesional a través de las Leyes 2001-2 y 2007-148. Este sistema permite la acreditación del requisito de formación mínima a través del reconocimiento de la experiencia profesional del candidato e incluso el establecimiento del reconocimiento de tal experiencia como uno de los ejercicios incluidos en las pruebas selectivas. A su vez, se ha propiciado la modificación de las pruebas selectivas de múltiples procesos de acceso al empleo público francés con el objetivo de reducir el contenido memorístico e incorporar pruebas de valoración de la capacidad profesional específica. Así, por ejemplo, la Orden de 6 de junio de 2008 ha modificado las pruebas de concurso de entrada a los Institutos Regionales de Administración, reduciendo su número e introduciendo una entrevista personal para «evaluar las cualidades personales del candidato, su potencial, su comportamiento ante una situación concreta sobre un caso asignado al azar sobre la forma de una puesta en situación». Por su parte, la Orden de 29 de diciembre de 2008 modificaría el proceso selectivo de inspectores de hacienda introduciendo una entrevista sobre experiencia profesional y un análisis de un expediente administrativo. Por su parte, el Decreto 2008-1551 de modificación de las pruebas para el acceso a la carrera judicial, ha introducido un caso práctico, una prueba colectiva de entrevista de puesta en situación, tests de personalidad y aptitud y un proceso de reconocimiento de la adquisición de la experiencia profesional. Finalmente, la Ley nº 2007-148 permitiría el reclutamiento sin necesidad de concurso para el acceso al primer grado de los cuerpos de la categoría C (85). La selección se realizará, en realidad, de forma equivalente al concurso español, a través de la valoración del curriculum vitae detallado en el que debe incluirse la formación adquirida y la experiencia profesional.

En esta materia, el Estatuto Básico parece haber querido enfatizar también, entre otros intereses, la necesidad de renovación de ciertas prácticas en el ámbito de la selección de personal. Así, el artículo 61.2 EBEP establece expresamente que «los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas». Tales pruebas podrán consistir, no

por las universidades francesas, el favorecimiento de la diversidad en la selección de los agentes públicas y la mayor implicación del Estado en la selección de sus agentes. El Libro Blanco sobre el devenir de la función pública (2008) incluiría también propuestas en esta materia: identificación de los viveros potenciales de reclutamiento y favorecimiento de la movilidad social, la modernización de la organización general de los reclutamientos, la profesionalización de los sistemas de reclutamiento por concurso externos así como la ampliación de la tercera vía de acceso a la función pública, pero reformando el dispositivo actual.

(85) Entre los afectados por esta medida, figuran especialmente los de adjuntos administrativos que son encargados de funciones administrativas de ejecución, de atención al público o de secretaría.

sólo «en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrito», sino también «en la realización de ejercicios que demuestren en la posesión de habilidades y destrezas» así como en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas (art. 61.2, segundo párrafo EBEP). Además, prevé la posibilidad de las Administraciones Públicas de crear órganos especializados y permanentes para la organización de los procesos selectivos» (art. 61.4 EBEP).

3. La actualización de los sistemas de agrupación de puestos y funcionarios

La simplificación de la estructura de cuerpos funcionariales ha sido otra de las tendencias específicas de modernización de los sistemas de carrera. Así, por ejemplo, este proceso de reducción del número de cuerpos funcionariales no sólo se ha implementado en España o Francia, también en la propia Unión Europea.

En este último caso, la reforma acaecida en el año 2004 en la función pública comunitaria reduciría el número de categorías profesionales a dos (que pasarían a denominarse «grupos de funciones»): los *administradores* (dedicados a la elaboración de políticas y aplicación de la legislación de la UE, tareas de análisis y asesoramiento) y los *asistentes* (destinados a tareas de apoyo tales como secretaría, tareas administrativas y contables, comunicación, desarrollo y aplicación de medidas, etc.).

En este mismo sentido, en el seno de la función pública francesa, el Libro Blanco sobre el devenir de la función pública, auspiciado por el Ministerio competente en la materia, advertiría que « hoy, los cuerpos, en su gran mayoría, no se corresponden con un criterio operacional que permita a los empleadores públicos gestionar eficaz y equitativamente a sus agentes» (86). Aunque el propio Libro Blanco reconoce que se ha hecho en la función pública francesa un esfuerzo durante los últimos años de fusión de cuerpos y armonización estatutaria (87), propone continuar este proceso de reducción y simplificación corporativa para reducir la complejidad de la gestión de los recursos humanos, favorecer la movilidad entre las tres funciones públicas (estatal, hospitalaria y territorial) y reducir el «*determinismo*» ligado al estatuto funcional (88). Como explica AUBIN, en enero del año 2006, existían en la

(86) Traducción propia.

(87) AUBIN, E.: *Droit de la Fonction publique*, Lextenso Éditions, 4ª ed. actualizada, 2010.

(88) SILICANI J.L.: (Rapporteur général): *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, Paris, abril 2008, p. 104 y ss.

función pública estatal de Francia 1.200 cuerpos (frente a sólo una sesentena de cuadros de empleo —el equivalente a los cuerpos— en la función pública territorial). En 1999, 70 cuerpos fueron suprimidos, de los cuales 53 se fusionaron con otros cuerpos existentes. En el año 2006 han sido más de 235 cuerpos funcionarios los suprimidos con el objetivo de conseguir una gestión de personal más homogénea que favorezca la promoción de la movilidad funcional. Del año 2005 al 2009, 305 cuerpos han sido suprimidos en la función pública estatal.

En esta misma línea, ha existido una cierta tendencia a reducir la relevancia de las singularidades estatutarias derivadas de la pertenencia funcional a los cuerpos funcionariales, disminuyendo así su peso en el conjunto del modelo de función pública, y, simultáneamente, se han ido articulando nuevas fórmulas de agrupación funcional del personal funcionario.

Así, la función pública territorial en Francia, creada en el año 1984 como consecuencia del proceso de descentralización política operada en ese país, se estructuraría a partir de una cierta visión anticorporativa. En concreto, se evitaría la propia denominación de «cuerpo funcional» en el plano normativo, sustituyéndola por «cuadros de empleo» y reduciendo al mínimo su virtualidad como elementos de heterogeneidad estatutaria. En concreto, la función pública territorial, considerada por la doctrina como una auténtica función pública de empleo (y no de carrera) (89), alberga exclusivamente 59 «cuadros de empleo» (un número mínimo en comparación con el número de cuerpos funcionariales existentes en la función pública estatal y sanitaria. A su vez, tales cuadros de empleo se encuentran agrupados en familias profesionales (en concreto, nueve) lo que aporta, si cabe, una mayor homogeneidad en las relaciones de empleo.

Como se ha señalado, también en la Unión Europea se produciría una reducción de niveles categoriales. En concreto, se eliminarían en la reforma del año 2004, las categorías profesionales primigenias (equivalentes en el modelo comunitario a los cuerpos funcionariales) para sustituirlas por «grupos de funciones» (AD —administradores— y AST —asistentes—). En realidad estas agrupaciones funcionales no son, en sentido estricto, agrupaciones de empleados (como lo serían los tradicionales cuerpos funcionariales) sino más bien, agrupaciones de puestos de trabajo (90).

(89) AUBIN, E.: *Droit de la Fonction publique territoriale*, Lextenso Éditions, Paris, 2009, p. 20.

(90) Así, el artículo 5.1 del EFUE señala expresamente que «los puestos de trabajo regulados por el presente Estatuto se clasificarán, según la naturaleza y el nivel de responsabilidades que comporten, en un grupo de funciones de administradores (en lo sucesivo denominado "AD") y en un grupo de funciones de asistentes (en lo sucesivo denominado "AST")».

Así mismo, la carrera funcionarial belga se estructuraría, a partir de la reforma operada por la A.R. de 4 de agosto de 2004, no por cuerpos funcionariales, sino por funciones profesionales. Las funciones son descritas por ramas profesionales y por clases de funciones. Las funciones tienen una caracterización menos genérica que las ramas profesionales y describen el conjunto de tareas y de responsabilidad que el funcionario (así como aquellos otros que pertenecen a la misma función) debe desempeñar. Por su parte, cada rama profesional comporta un grupo de funciones que tiene una responsabilidad comparable en el seno de la organización y por aquellas competencias requeridas para el desempeño de esa responsabilidad. Las ramas profesionales se subdividen en clases de funciones (91): una clase reagrupa las funciones que tienen un nivel de complejidad, de especialización técnica y de responsabilidad comparables. La clase menos elevada comprende las funciones más ligeras y la clase más elevada comprende las funciones más complejas.

Por su parte, la reforma operada por la A.R. de 4 de agosto de 2004, articularía una nueva carrera para el nivel A (el más elevado en la clasificación funcionarial belga), que a partir de entonces estará basada sobre la idea de funciones, la definición de ramas profesionales y organizada a través de itinerarios profesionales diversificados. «*La idea central de la gestión de carrera por ramas profesionales es valorar —señala la exposición de motivos de esa norma—, en seno de estas ramas, la adquisición de competencias*» (92). En este sentido, «*la estructura en ramas profesionales ofrece la ventaja para los empleados de visualizar claramente sus posibilidades de desarrollo de carrera*» (E.M. de A.R. de 4 de agosto de 2004).

(91) Con el fin de asegurar la homogeneidad de clases en las diferentes ramas, se recurre a las denominadas «*matrices de clases de funciones*», obtenidas por la ponderación de funciones-tipo. Las funciones tipo son las funciones más representativas de la función pública federal. Su papel de dotar de una imagen lo más fiel posible del conjunto de funciones. Una matriz de clase de funciones determinará el conjunto de las competencias comunes a las funciones-tipo de una clase de funciones. El sistema de ponderación utilizada para las funciones-tipo se funda sobre tres criterios: (a) las *competencias genéricas* requeridas para ejercer correctamente la función (gestión de la información, la gestión de las tareas, la dirección y las relaciones interpersonales); (2) la *especialización técnica* requerida para una función determinada y (3) el *impacto de la función* sobre la administración en cuanto a los procedimientos y los resultados, conjuntamente con la responsabilidad de la función así como su amplitud en lo relativo al número de colaboradores, de recursos y de presupuesto. Tales matrices son (1) especialización técnica, (2) gestión de la información, (3) gestión de las tareas, (4) dirección y (5) relaciones interpersonales (art. 20 *ter* de la A.R. de 7 de agosto de 1939, por la que se organiza la evaluación y la carrera de los agentes del Estado).

(92) Traducción propia.

4. La renovación de las fórmulas de promoción profesional y el fomento de la movilidad funcional

La flexibilidad funcional (vid. supra) produce muchas de sus principales manifestaciones en materia de promoción y carrera. Como señala LONGO, el énfasis de las reformas se ha puesto en reducir el peso de la antigüedad y en vincular los ascensos al desarrollo de competencias y el alto rendimiento en el puesto al tiempo que se promueven, con mayor intensidad, las posibilidades de desarrollo profesional de los empleados.

Así, por ejemplo, en la función pública comunitaria, el Libro Blanco para la reforma de la Comisión del año 2000 (93), advirtió que:

«la actual distinción entre diferentes categorías de personal está fuertemente basada en la cualificación y en el entrenamiento en el momento del reclutamiento. En consecuencia, la estructura no refleja adecuadamente la evolución de las capacidades de los empleados individualmente considerados, ni permite apropiadamente la evaluación de capacidades más amplias —por ejemplo, las habilidades en la toma de decisiones o la capacidad directiva. Además, se toma poco en cuenta la cualificación adquirida por el personal de las categorías B, C y D tras el reclutamiento, de sus habilidades o de la realidad de las tareas que realizan. La movilidad entre categorías es difícil y las pruebas de promoción interna no se convocan con regularidad. Con un limitado número de grados en cada categoría, muchos empleados son promocionados sólo tres o cuatro veces a lo largo de sus carreras. El limitado número de grados también conlleva «cuellos de botella» en el grado más elevado de las categorías B, C y D y en el nivel A4» (94).

El Libro Blanco continuaba señalando que:

«A mayor abundamiento, el sistema actual promueve muy poco incentivo al buen desempeño y concede poca recompensa a la iniciativa del personal, tanto en el puesto de trabajo como en la adquisición de nuevas competencias o cualificaciones. Ello provoca un constreñimiento artificial en la progresión de su particular manifestación del talento y la capacidad. Falta, por tanto, reconocer las tareas realizadas por las categorías B, C y D, en las que frecuentemente se atribuyen responsabilidades mayores que las formalmente previstas por la relación de puestos de trabajo o la regulación de personal. Todo ello es en detrimento del personal, pero también de la institución. Debe reconocerse que mérito del personal de la Comisión que desempeñen sus funciones correctamente a pesar de estas deficiencias estructurales».

(93) EUROPEAN COMMISSION: *Reforming the Commission – A White Paper*, disponible en la página web: http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_en.htm. Sobre el Libro Blanco, FUENTETAJA PASTOR, J.A.: *Las reformas de la Administración...*, op. cit., p. 145.

(94) Traducción propia.

A la vista del diagnóstico presentado por la Comisión, la reforma operada en el año 2004 aumentaría las posibilidades de promoción de los funcionarios de la Comisión Europea, especialmente de las antiguas categorías B, C y D. En efecto, dos procedimientos dotadas de normas de evaluación objetivas y uniformes —la denominada «*certification*» y la «*attestation*»— permiten a los funcionarios demostrar sus aptitudes y progresar más allá de los antiguos «cuellos de botella» («*goulets d'étranglement*») que bloqueaban su carrera en el sistema anterior. La certificación introduce la posibilidad para el personal del grupo de funciones AST (los asistentes, en concreto, de grado 5 o superior), previa superación de un proceso formativo obligatorio y de los correspondientes exámenes organizados por la Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO). A través del procedimiento de «*atetación*», el personal de las antiguas categorías C y D pueden promocionar más alto que en el régimen anterior (hasta el último grado AST 11) y más rápidamente que hasta entonces, sin la necesidad de cambiar de grupo de funciones (95). Por otra parte, en el nuevo modelo de carrera profesional, la promoción se hace efectiva cuando el interesado haya acumulado un número dado de puntos, con independencia del tiempo que esa persona haya esperado hasta entonces o de su edad. Por consiguiente, se fijan umbrales anuales que determinan la promoción. El nivel del umbral dependerá del cuadro de efectivos aprobado con ocasión del procedimiento presupuestario (96). La promoción de escalón y grado han pasado a basarse, por tanto, exclusivamente en el mérito y el rendimiento a lo largo del tiempo, medidos a través de los puntos atribuidos cada año en el ejercicio de evaluación. El ritmo de progresión de los funcionarios en la escala profesional dependerá, por tanto, esencialmente de la evaluación anual (97).

En la misma línea, Bélgica realizaría en el año 2004, una profunda reforma (recientemente renovada en marzo de 2010) de su sistema de carrera profesional, vinculando íntimamente a los resultados de la evaluación del desempeño con la progresión profesional, especialmente en los niveles superiores de la estructura administrativa (98).

Otra línea de reforma ha sido, en algunos casos, la introducción de formas de promoción horizontales o «en el puesto», que suponen el reconocimiento (mediante diferentes fórmulas, incluida la retributiva) de la excelencia profesional de un empleado, sin necesidad de que éste asuma el mando jerárquico de una unidad organizativa. Estas formas de carrera son más coherentes con los procesos de aplanamiento organizacional acontecidos en el marco de tales

(95) JANSEN, B.: *Les modifications apportées ...*, p. 21.

(96) COMISIÓN EUROPEA: *Una Administración al servicio de 500 millones de europeos. Reformas de la Política de Personal de la Comisión Europea*, Bruselas, 2002, p. 18.

(97) COMISIÓN EUROPEA: *Una Administración...*, *op. cit.*, p. 18.

(98) Arreté Royal de 4 de agosto de 2004 (M.B. de 16 de agosto).

reformas, que inevitablemente reducen las posibilidades de ascenso jerárquico. Puede destacarse, a estos efectos, la introducción de las «carreras financieras» introducidas en Bélgica que están dirigidas a compensar la pérdida de categorías y grados que ha traído consigo la simplificación de las estructuras y escalas de puestos (99).

Una vez más, el ejemplo europeo sirve a estos efectos, ya que la nueva carrera profesional articulada a partir del año 2004 conlleva que la mayoría del personal estatutario puede desarrollar su carrera en el mismo puesto de trabajo tipo, plasmándose aquella en la progresión subjetiva del grado y en la objetiva del contenido funcional o atributivo del puesto de trabajo tipo (el cargo), amén de la progresión económica que se deriva de la vinculación de las retribuciones al grado personal y a los escalones en que aquel se subdivide (100).

El Estatuto Básico del Empleado público incluye también como una de sus novedades una nueva modalidad de carrera profesional, que la propia norma denominada «carrera horizontal», consistente en «la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, *sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo*» a través de la valoración de la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño [art. 16.3.a) y 17 EBEP].

La movilidad también ha constituido otra de las líneas comunes de reforma, ya que se trata de un elemento clave en el proceso de flexibilización del modelo de empleo público comparado. Se han articulado múltiples medidas tendentes al fomento tanto de la movilidad interna como externa en el ámbito de la función pública comparada con el objetivo de eliminar o superar las barreras que caracterizan a ciertos sistemas de función pública de carrera. Francia es también un buen ejemplo de esta intención legislativa (vid. infra). En la misma línea, se han operado reformas en Suecia (101), Alemania (102) u Holanda (103).

(99) HONDEGHEM, A. y STEEN, T.: «The Belgian Public Services: Can Regulations go along with Flexible Personnel Arrangements», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, Londres, 2000, p. 71.

(100) FUENTETAJA PASTOR, J.A.: *La Reforma de la Función Pública Europea*, op. cit., p. 769.

(101) MURRAY R.: «Human Resources Management in Swedish Central Government», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, Londres, 2000, p. 179.

(102) RÖBER, M. y LÖFFLER, E.: «Germany: the Limitations of Flexibility Reforms», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, London, 2000, p. 115.

(103) VAN DER KROGT, T., BEERSEN, E. y KEMPER, A.: «The Netherlands: Towards Personnel Flexibilities», en FARNHAM y HORTON (ed.): *Human Resources flexibilities in the public services*, Macmillan Business, Londres, 2000, p. 115.

En este sentido, las últimas reformas legales de la función pública francesa han ampliado sensiblemente las posibilidades de movilidad funcional y el fomento de la misma entre las diferentes funciones públicas estatal, sanitaria y hospitalaria). Por una parte, la Ley de 2 de febrero de 2007, de modernización de la función pública ha afrontado la reforma de las reglas de la «puesta a disposición», facilitando la movilidad y los itinerarios transversales de carrera entre las diferentes funciones públicas. Por su parte, la Ley de 3 de agosto del 2009. Relativa a movilidad y a los itinerarios profesionales en la función pública, adoptaría como una de sus principales finalidades mejorar la movilidad y el desarrollo de la carrera de los empleados públicos (104). En concreto, tal reforma ampliaría notablemente las posibilidades de «*détachement*» y de integración entre cuerpos y cuadro de empleos de la función pública.

Este mismo objetivo ha perseguido la reforma de la función pública comunitaria. Así, el Libro Blanco de la reforma de la Comisión del año 2000, propuso expresamente que «la movilidad interna debe ser reforzada mediante la remoción de las barreras originadas por el vigente sistema de promoción», señalando que «*los términos y condiciones para la movilidad entre las Instituciones Europeas y entre ellas y las administraciones de los Estados Miembros y posiblemente entre otras instituciones públicas o privadas, serán exploradas con la finalidad de facilitar los intercambios. Más generalmente, para superar a la limitada movilidad de ciertas personas y mejorar y incentivar a la movilidad, serán consideradas ventajas en la valoración de los méritos profesionales y en la contratación de directivos. La continuación de medidas dirigidas a aumentar la movilidad asegurará, notablemente, una mejor organización de la mano de las responsabilidades entre oficiales*».

5. La incorporación de una visión estratégica en la gestión de los recursos humanos

Tradicionalmente, se ha identificado los sistemas de carrera funcional con estabilidad y automatismo. No obstante, en los últimos años se van incorporando mecanismos que procuran una mayor visión estratégica en la gestión de los recursos humanos, con el objetivo de anticipar las necesidades futuras de personal y sus principales características y perfiles profesionales, aumentar la eficiencia en la provisión de recursos así como fomentar la racionalización de la selección y las carreras profesionales de los agentes.

Como ejemplos paradigmáticos de la incorporación de esta nueva visión estratégica de la gestión de personas pueden proponerse Irlanda y Francia.

(104) BÉNISTI, M.J.A. (ponente): *Informe n° 926 sobre el proyecto relativa a la movilidad y a los itinerarios profesionales en la función pública*, Comisión de Leyes Constitucionales, de la Legislación y de la Administración General de la República, Asamblea Nacional, París, 4 junio 2008.

La profundas reformas en la gestión pública acaecidas en Irlanda durante finales de los años 90, especialmente a partir de 1994, con la presentación de la SMI («*Strategic Management Initiative*») y la promulgación de la «*Public Service Management Act*» en 1997, permitieron articular múltiples mecanismos de gestión estratégica de recursos humanos. Entre ellos, cabe destacar el denominado «*long term workforce planning*» o planificación a largo plazo, que se articuló con el propósito de preparar los cambios demográficos que acaecerían a medio o largo plazo (aumento población mayor de 65 años, reducción de población activa, ...) (105).

La función pública francesa también ha consolidado fórmulas generales y específicas de planificación estratégica de los recursos humanos a partir del año 2006 (106). La función pública francesa ha realizado durante los últimos diez años un profundo esfuerzo organizativo con el objeto de consolidación un modelo de planificación estratégica de recursos humanos. Este modelo se configura a través del concepto de «*gestion prévisionnelle de ressources humaines*» (GPRH) o más concretamente de «*gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences*» (GPEEC). En realidad, este concepto no es nuevo en la función pública francesa. A principios de los años 90, los ministerios franceses iniciarían un proceso de implantación de la GPRH. A partir del 2000, el informe CIEUTAT (107) sensibilizaría a los responsables de las administraciones públicas sobre el reto demográfico que se presentaba en el futuro de la función pública francesa y el informe VALLEMONT (108) definiría un esquema metodológico para que la GPEEC empezara a constituir una referencia de gestión.

El concepto francés de GPRH se constituye como una aproximación estratégica de conjunto sobre los efectivos, los puestos de trabajo y las competencias, constituyendo un *proceso continuo* de adaptación que se apoya sobre el conjunto de elementos del modelo: afectación, formación, reclutamiento, promoción, remuneración... (109). A este respecto, P. GILBERT (110) ha venido

(105) A tal respecto, vid. OCDE: *Ageing and the Public Service: Human Resource Challenges*, OCDE, París, 2007.

(106) DGAFP: *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique. Politiques et pratiques 2008-2009*, volume 2, La documentation française, 2010, París.

(107) CIEUTAT B.: *Fonction publiques; enjeux et stratégie pour le renouvellement*, Comisariado General del Plan, La Documentation française, marzo 2000, París.

(108) VALLEMONT, S.: *La Gestion dynamique de la fonction publique; une méthode*, Informe del grupo temático del comisariado general del plan «*Gestion prévisionnelle des emplois; outils et structures*», La documentation Française, 2000, París.

(109) DGAFP: *La gestion prévisionnelle des ressources humaines dans les services de l'État. Guide méthodologique*, La documentation française, diciembre 2008, París.

(110) GILBERT, P.: «*La gestion prévisionnelle des ressources humaines*», Colección *Repères*, n° 446, Ed. La Découverte, mayo 2006.

definir el concepto como «*la introducción del tiempo, de manera consciente, en la gestión, en el conjunto del sistema de recursos humanos, con el objetivo de adoptar las decisiones a través de los análisis apropiados, para la contribución del pilotaje de la eficacia de los recursos humanos*» señalando en el mismo sentido que «*la gestión estratégica no es otra cosa que la introducción en la “cabeza de los decisores” de una reflexión sobre el futuro que pasa realmente sobre las decisiones que proceden tomar hoy*». La consolidación de estos instrumentos de planificación estratégica ha sido favorecida sobre todo a través de la aprobación de nueva Ley Orgánica de Fianzas Públicas del 2001 que perfecciona una gestión presupuestaria basada en misiones y programas (111).

No debe olvidarse, en la misma línea, los esfuerzos realizados en la función pública comunitaria para la consolidación de una programación estratégica en la gestión a través de la implantación del denominado «*annual strategic planning cycle*», dirigido a definir las prioridades políticas de la Comisión para cada año, los objetivos a lograr así como la necesaria distribución de los recursos necesarios para conseguirlo. El ciclo de planificación estratégica anual comienza como un debate de orientación realizado por la propia Comisión, que tiene como resultado la elaboración de la llamada «*decisión sobre la política estratégica anual*» («*Annual Policy Strategy*») en la cual, la Comisión decide su política de prioridades para ese año, sus iniciativas clave y las orientaciones para el procedimiento de distribución de recursos y la programación operacional. La APS («*Annual Policy Strategy*») es discutida con el Parlamento Europeo y el Consejo, resultando de tal discusión el «*stocktaking document*», que actualiza el APS, a través del cual se prepara el Programa legislativo y de trabajo de la Comisión («*Commission Legislative and Work Programme*» —CLWP—). Este CLWP es presentado al Parlamento y al Consejo en noviembre de cada año, y en él se contiene la estrategia política contenida en el APS concretado en un plan de acción específico. Existen evaluaciones periódicas de su correcta implementación, culminando el ejercicio con la emisión de un informe final de actividad («*Annual Activity Report*») (112).

V. CONCLUSIONES

La reforma del empleo público ha supuesto una tendencia generalizada en el ámbito de las democracias europeas. Al albur de los nuevos valores en la

(111) Ley nº 2001-692 de 1 de agosto.

(112) EUROPEAN COMMISSION: *Reforming the Commission – A White Paper*, disponible en la página web: http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_en.htm

gestión pública, el proceso de modernización de las administraciones públicas ha incluido necesariamente también al sistema de función pública.

Los modelos de función pública de carrera no han sido ajenos a este proceso de renovación, ofreciendo nuevas posibilidades en su desarrollo y evolución.

El Estatuto Básico del Empleado Público, tal y como su propio preámbulo advierte, se enmarca en este proceso de renovación de los modelos de empleo público: *«es un paso importante y necesario en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo, en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente en los demás países de la Unión Europea y en la propia Administración comunitaria»* (Pr. III).

Hacer una descripción homogénea y general de tales reformas puede conducir a una impresión errónea de la situación real. No puede desprenderse de este trabajo que todos los procesos se han llevado a cabo bajo los mismos mimbres. El análisis ofrecido únicamente aspira a plantear tendencias generales que, en ningún caso, conllevan las mismas estrategias y los mismos resultados.

Tampoco debe desprenderse de lo anterior un balance absolutamente positivo del proceso. Como en toda obra humana, en los procesos de reforma del empleo público se advierten luces y sombras. Sin duda, aparecen múltiples riesgos, provocados, en la mayoría de los casos, por la adopción de soluciones desequilibradas y extremas. El aumento artificioso de la temporalidad en el ámbito público (que, en muchas ocasiones, adopta un estatuto mucho menos tuitivo para el contratado temporal que el previsto en el derecho laboral común), el perenne riesgo de la arbitrariedad en la toma de decisiones, que puede socavar el sistema de mérito y la imparcialidad necesaria de la función pública o una visión exclusivamente reduccionista del sector público (tan perversa como la visión inversa, meramente incrementalista) constituyen, sin duda, relevantes riesgos de este proceso. Las instituciones son organismos muy delicados y las intervenciones en su funcionamiento deben realizarse con esmero y atención. De lo contrario, existe el peligro de malograrlas.

No obstante, se advierten, en contraprestación, importantes fortalezas entre las tendencias de reforma. El reforzamiento de una gestión de recursos humanos volcada en los resultados y en el desempeño más que en la antigüedad o el paso del tiempo, ya sea a través de su valoración en el plano de la carrera profesional, la formación o la movilidad; la implantación de elementos de dirección pública profesional; la conformación de un planteamiento estratégico en el ámbito de la gestión de los recursos humanos o la mejora de las herramientas de gestión, tales como la clasificación de puestos de trabajo o los

procedimientos de selección de personal y la provisión de puestos de trabajo, sin olvidar el importante impulso otorgado por la implantación de elementos de gestión basada en competencias, repercuten, sin duda, en el fortalecimiento de la eficacia y la competitividad de los modelos de función pública.

En líneas generales, el Estatuto Básico del Empleado Público ha venido a interiorizar a nivel de legislación básica la mayoría de los extremos de tales tendencias, incorporando a España en el proceso generalizado de modernización de la función pública comparada. Al mismo tiempo, las experiencias comparadas pueden servir de pauta para la reforma en la función pública española.

No obstante, puede decirse, que, en la mayoría de los casos, la reforma propiciada por la promulgación del EBEP continúa inédita en España, su desarrollo autonómico ha sido hasta ahora minoritario y, en múltiples ocasiones, muy parcial. La nueva legislación básica otorga el mayor protagonismo a los legisladores de desarrollo en la materialización del proceso que el legislador básico pretende catalizar. Por ello, la realización efectiva de la reforma dependerá, en buena medida, del legislador y de los gobiernos autonómicos (y del estatal, en cuanto al personal de la Administración General del Estado).

El verdadero reto se localiza en el ámbito de la gestión y de la materialización concreta de las previsiones generales que el EBEP contiene. Ahí se encuentra la clave del éxito y el núcleo de la reforma. En la puesta en marcha de una evaluación del desempeño realmente efectiva, que sea capaz de valorar objetivamente el desempeño y promueva el desarrollo profesional del empleado; una incorporación de nuevas técnicas de selección de personal, que, sin merma de los principios constitucionales de acceso al empleo público, permita ir avanzando en la mejora de los procedimientos selectivos y de provisión de puestos de trabajo; una carrera profesional basada en el rendimiento, en el desarrollo y en el reconocimiento profesional, que huya de valoraciones meramente formales basadas en la antigüedad y permita articular un sistema verdaderamente efectivo; la consolidación de un nivel directivo realmente profesionalizado que permita la estabilidad de la ejecución de las políticas públicas, ... No se trata de una empresa fácil, como puede comprobarse. Exige compromiso político, renovación de culturas administrativas y mejora de las herramientas de gestión. Sin embargo, la experiencia comparada, como hemos intentado advertir, demuestra que es posible.

LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA COMO REQUISITO DE LAS INSPECCIONES ACORDADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA(*) (**)

LAURA SALAMERO TEIXIDÓ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. BREVE APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: 1. Los criterios de ordenación de la autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa. En especial, cuando del acceso a una propiedad privada se trata.– III. EL NUEVO PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 8.6 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SEGÚN LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.– IV. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN DE LAS FACULTADES DE INSPECCIÓN: INCONGRUENCIAS Y CONTRADICCIONES: 1. El origen del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia. 2. Interpretación armonizada del artículo 8.6 de la LRJCA y del artículo 40 de la LDC.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Una de las novedades que incorpora la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia es la exigencia de la autorización judicial de entrada para el desarrollo de alguna de las funciones de inspección; novedad que se traslada igualmente a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en tanto que se atribuye a los jueces de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar las entradas en este contexto. La acogida legislativa de la institución autorizatoria en el marco de la defensa de la competencia plantea, sin embargo, profundas contradicciones, de las cuales se da cuenta en este trabajo, junto con una propuesta interpretativa para darles solución.

Palabras clave: autorización judicial de entrada; inspección; defensa de la competencia; inviolabilidad del domicilio; propiedad privada.

ABSTRACT: One of the novel measures introduced by the Competition Defence Act 15/2007, of July 3rd, is the requirement of a judicial authorization of entry to conduct some of the inspection duties; this novelty is simultaneously reflected in the Administrative Courts Act, as long as the jurisdiction to grant the aforementioned authorization is given to the adminis-

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 25 de enero de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de mayo de 2011.

(**) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER 2008-05227/JURI, titulado *Hacia un nuevo modelo de protección social*, dirigido por el profesor Antonio EZQUERRA HUERVA.

trative lower courts. Nevertheless, the legislative incorporation of the judicial authorization of entry in the context of the competition defence entails deep contradictions. This paper gives an account of these contradictions and an interpretative proposal to solve them.

Key words: judicial authorization of entry; inspection; competition defense; inviolability of the home; private property.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) ha supuesto, entre otros, una ampliación competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa (1). Destaca especialmente en este contexto la atribución a los juzgados de lo contencioso-administrativo de la tarea de autorizar «la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición» (2).

La figura de la autorización judicial de entrada —que se anuda ahora también de forma explícita en virtud de la Ley a las inspecciones acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia— ha venido acompañada desde su incursión en el Derecho administrativo de claroscuros, derivados de la parquedad y en ocasiones ambigüedad de la escasa normativa que disciplina la institución, de modo que cualquier intento de regulación legislativa de la autorización de entrada se espera con anhelo. Sin embargo, la regulación contenida en la LDC en materia de autorización de entrada arrastra algunas de las deficiencias de las que adolece la normativa preexistente pues, en lugar de establecer un régimen claro y preciso de los supuestos en los que la Administración deberá impetrar el auxilio judicial, de nuevo incurre en imprecisiones, ambigüedades y, especialmente, en contradicciones.

(1) La DA 7.º, dos, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia añade el apartado j) al artículo 10.1 de la LRJCA, de modo que las Salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ pasan a ser competentes para resolver los recursos contra «[l]os actos y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas competentes para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia».

Por su parte, la DA 7.º, tres, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ha modificado la DA 4.º de la LRJCA añadiéndole un apartado 3.º que establece que serán recurribles: «Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional». Esta no supone, sin embargo, una verdadera nueva atribución competencial, pues la Audiencia Nacional ya venía resolviendo los recursos contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano que ha sido sustituido por la nueva LDC por la mencionada Comisión.

(2) Así reza el párrafo tercero del artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, añadido en virtud de la DA 7.º, uno, de la LDC.

Todo ello sitúa al aplicador del Derecho en un terreno de inseguridad jurídica que requiere un considerable esfuerzo interpretativo de los preceptos contenidos en la LDC y la LRJCA en materia de autorización de entrada con el fin alcanzar una exégesis respetuosa con el marco jurídico actual, con el espíritu de la ley y, especialmente, con el debido equilibrio entre la finalidad perseguida por la inspección en materia de defensa de la competencia y la protección de los derechos de los administrados. Se realiza a continuación una breve reflexión sobre el origen de las aludidas incongruencias contenidas en la legislación, para proponer después una interpretación de los preceptos en juego que posibilite su aplicación de forma acorde con los criterios mencionados.

II. BREVE APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA EN EL MARCO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

A pesar de que el anclaje de la autorización de entrada en el marco administrativo no puede explicarse sin atender a la configuración legislativa de la institución, la incorporación de esta peculiar resolución judicial en el desarrollo de la actividad administrativa hunde sus raíces en la norma fundamental, en concreto en el artículo 18.2 de la Constitución y en la configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio elaborada por el Tribunal Constitucional.

El artículo 18.2 de la Constitución y la interpretación del mismo que vertió el Tribunal Constitucional en la sentencia 22/1984, de 17 de febrero (3), supusieron un punto de inflexión en la conceptualización del derecho a la inviola-

(3) La STC 22/1984, de 17 de febrero, representa, sin duda, la piedra angular sobre la que se asienta la institución de la autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa, manteniéndose en lo fundamental intacta la doctrina que el Tribunal Constitucional estableció en la misma en relación con la conjugación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva. Por todo ello, no puede más que recomendarse su lectura, así como la del voto particular que el magistrado Rubio Llorente planteó frente a la nueva exigencia de que la ejecución administrativa debiera acompañarse de una resolución judicial autorizatoria para acceder a un domicilio inviolable. Igualmente recomendable es la lectura de la abundante literatura doctrinal alrededor de la misma, entre la que destacan los siguientes trabajos: Bartomeu COLOM PASTOR, «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núms. 40-41, 1984; Tomás QUINTANA LÓPEZ, «La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 224, 1984; del mismo autor, «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», en *REALA*, núm. 229, 1986; Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *REALA*, núm. 225, 1985; del mismo autor, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *RAP*, núm. 115, 1988; Alejandro NIETO, «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112, 1987; Ramón CASAS VALLÉS, «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1987.

bilidad del domicilio pero, sobre todo, en la articulación y ponderación de las potestades administrativas con los derechos fundamentales, en especial cuando de conjugar la potestad de autotutela ejecutiva y el derecho a la inviolabilidad del domicilio se trata. En apretada síntesis, en la mencionada sentencia el TC definió el derecho a la inviolabilidad del domicilio como un derecho autónomo a través del cual se protege el espacio domiciliario como emanación del derecho a la intimidad personal y familiar, y acotó un concepto constitucional de domicilio de corte amplio y antiformalista (4). Conceptuado el derecho fundamental, el Tribunal estableció que la potestad de autotutela ejecutiva, a pesar de no ser contraria a la norma fundamental, no puede imponerse a la sacralidad del domicilio puesto que su inviolabilidad solo puede ser excepcionada cuando el titular consienta la entrada, en los supuestos de flagrancia delictiva y a través de una resolución judicial (5). Así pues, toda actividad administrativa susceptible de afectar al derecho fundamental aludido debe ir acompañada de la correspondiente resolución judicial cuando no medie el consentimiento de su titular. De esta guisa se moduló una de las más contundentes prerrogativas de la Administración, cuyo ejercicio debe desde entonces conjugarse con el auxilio judicial cuando se dirija a un domicilio constitucionalmente protegido. La finalidad de esta peculiar intervención judicial es la de proteger apriorísticamente el derecho del administrado frente a la actuación administrativa, de modo que opera como mecanismo de ponderación entre el interés general perseguido por la Administración y el interés particular.

La legislación no tardó mucho en recoger el impulso jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en su art. 87.2, atribuyó a los juzgados de instrucción —con una dilatada experiencia en materia de autorización de entrada en domicilios en el marco de

(4) Escapa del objeto de este trabajo el estudio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que no puedo más que remitirme, entre otros, a Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *La inviolabilidad de domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992; Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993; Francisco Javier MATÍA PORTILLA, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; M^o Carmen FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Madrid, Edisofer, 1998; María José CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid, Iustel, 2004; Agustín GARCÍA URETA, *El domicilio y su régimen jurídico*, Bilbao, Lete, 2007.

(5) Las enumeradas son las excepciones o límites al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que recoge la norma fundamental, pero es bien sabido que junto a estas deben tenerse en consideración las que recogen las leyes de carácter orgánico como, por ejemplo, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio que prevé la suspensión del mencionado derecho en los supuestos de *excepción* y *sitio* —no en el de alarma—, y especialmente la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en cuyo artículo 21.3 se prevé el *estado de necesidad* como supuesto legitimador de la entrada en un domicilio aun a falta de consentimiento y resolución judicial.

los sumarios penales (6)— la competencia para autorizar entradas administrativas. En 1998, con la aprobación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dicha competencia fue trasladada a los juzgados de lo contencioso-administrativo, fuero en el que se residencia esta función desde entonces, según recoge actualmente el artículo 8.6 de la mencionada norma y el actual artículo 91.2 de la LOPJ.

Sin embargo, del traslado a la legislación del mandato constitucional es menester destacar varios extremos al margen de lo competencial. De un lado, el legislador no solo sometió el acceso al domicilio a una previa resolución judicial, sino también la penetración en espacios no domiciliarios (7). Del otro, la resolución judicial se anudó según la LOPJ y, después, también la LRJCA a una específica modalidad de actividad administrativa: la ejecución forzosa de actos administrativos. Sirva la transcripción del artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA —casi idéntico al actual artículo 91.2 de la LOPJ— para ilustrar estas afirmaciones:

Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y *restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular*, siempre que ello proceda para la *ejecución forzosa de actos* de la Administración pública.

La anterior ha sido la única referencia legislativa en materia de autorización judicial de entrada contenida en el ordenamiento jurídico-administrativo

(6) Desde 1882 la LECrim. prevé la autorización judicial como instrumento habilitante para la realización de entradas y registros en la fase de instrucción de causas penales, de modo que la atribución de la competencia en materia de entradas *administrativas* al orden penal halló en la LECrim. el apoyo legislativo necesario para su concreción. Actualmente son los artículos 545 y siguientes de la LECrim. los que disciplinan la autorización de entrada en sede penal.

(7) Sin entrar aquí en valoración alguna sobre la idoneidad o no de la protección del derecho de propiedad por medio de un instrumento del calibre de la intervención judicial autorizatoria, pues escapa del objeto de este trabajo, es preciso notar que al respecto no existe unanimidad ni entre la doctrina ni la jurisprudencia. No obstante, la mayoría de los autores y de nuestros tribunales coinciden en que no solo las entradas administrativas en domicilio deben ir acompañadas de la previa resolución autorizatoria, sino que, merced a la voluntad del legislador con la alusión a los «restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular» del artículo 8.6, párrafo primero, de la LRJCA, la autorización también se exige para acceder a espacios no domiciliarios sobre los que el titular dispone de la facultad de exclusión de terceros, es decir, cuando la entrada en dichos espacios o lugares depende de su consentimiento. Se viene entendiendo pues que, junto al derecho a la inviolabilidad del domicilio, también el derecho a la propiedad privada es objeto de tutela por la autorización de entrada. Sobre la protección de la propiedad privada por medio de la autorización judicial de entrada ha centrado su atención Francisco LÓPEZ MENUDO, «La intervención del juez para la defensa del domicilio y también de la propiedad?», en Luis MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 2, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.

hasta no hace muchos años (8). Ello ha propiciado, de un lado, un importante protagonismo jurisprudencial en la configuración de la autorización de entrada, especialmente en lo relativo al procedimiento judicial de despacho de las peticiones de autorización, así como en la determinación de la función del juez y de los elementos que se someten a su cognición, aspectos todos ellos sobre los que la legislación guarda absoluto silencio (9). De otro lado, en atención a los

(8) La regulación contenida en la LRJCA junto con la de la LOPJ en materia de autorización son los dos pilares legislativos sobre los que se asienta esta institución y a los que se remite la legislación sectorial, sin perjuicio de que alguna norma la discipline de forma autónoma —en concreto la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (según modificación operada en 2002 en su artículo 51), la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón (art. 80.2) y la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid (según modificación operada en 2007 en su art. 100.3. Téngase en cuenta, no obstante, que esta disposición ha sido suspendida a consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno; al respecto véase el ATC 88/2008, de 2 de abril)—; de ahí su importancia.

La LOPJ ha sido objeto de una única modificación, en 1998, cuando la competencia fue trasladada a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que nada en lo tocante a la regulación de los bienes jurídicos protegidos ni a la actividad sometida a la autorización se alterara. En cambio, la LRJCA ha sufrido varias modificaciones en estos aspectos. La primera, en el año 2000 por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que añadió un segundo párrafo al artículo 8 de la LRJCA otorgando a los juzgados de lo contencioso-administrativo la competencia para resolver las peticiones de «autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». La segunda modificación ha sido la operada por la LDC en el año 2007, añadiendo un tercer apartado al mismo artículo.

(9) Destaca especialmente en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre cuyos pronunciamientos relativos a la autorización judicial de entrada deben reseñarse los siguientes, además de la ya citada STC 22/1984, de 17 de febrero. En relación con la configuración de la autorización judicial de entrada en general, destacan las sentencias 144/1987, de 23 de septiembre; 76/1992, de 14 de mayo; 211/1992, de 30 de noviembre; 174/1993, de 27 de mayo; 50/1995, de 23 de febrero; y los autos 129/1990, de 26 de marzo; 198/1991, de 1 de julio; 85/1992, de 30 de marzo; 178/2002, de 14 de octubre, entre otros. En lo atinente a aspectos competenciales, en los que se generan dudas en los supuestos en los que el acto administrativo cuya ejecución acarrea la entrada ha sido recurrido y pende una medida cautelar de suspensión contra el mismo, las sentencias 199/1998, de 13 de octubre; 283/2000, de 27 de noviembre, y 92/2002, de 22 de abril. También en lo tocante a lo competencial, en los supuestos en los que el acto administrativo ha sido confirmado judicialmente, debe destacarse la sentencia 160/1991, de 18 de julio.

Junto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe recordarse la del Tribunal Supremo, aunque escasa en relación con este tema, así como la de los tribunales superiores de justicia que, a partir de las guías o pautas marcadas por el intérprete supremo de la constitución, han ido consolidando las líneas maestras en las que se asienta la autorización judicial de entrada.

A pesar de la gran labor integradora de nuestra jurisprudencia a falta de una regulación legislativa completa sobre la autorización de entrada, es preciso destacar que no siempre esta se mueve en un sentido uniforme, especialmente en lo tocante a los bienes protegidos por la autorización de entrada —dicotomía entre domicilio y propiedad privada—; la configuración de los espacios constitutivos de propiedad privada cuyo acceso requiere el consentimiento del titular; aspectos de orden competencial, mayormente en relación con la realización de un trámite de audiencia en su

dos referentes legislativos aludidos, el régimen de imposición de la autorización judicial de entrada ha sido enmarcado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia en unos concretos términos, sobre los cuales es menester reflexionar brevemente, pues normas como la Ley de Defensa de la Competencia han puesto en evidencia su superación y han obligado a repensarlos.

1. Los criterios de ordenación de la autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa. En especial, cuando del acceso a una propiedad privada se trata

Aceptado que la exigencia de la autorización judicial de entrada no solo alcanza a las entradas domiciliarias, sino también a aquellas dirigidas a un espacio no domiciliario, su imposición se ha articulado tradicionalmente en atención a la actividad administrativa en juego dada la redacción de los preceptos normativos vigentes hasta hace escasos años —en concreto, el artículo 91.2 de la LOPJ junto al artículo 8.6, párrafo primero de la LRJCA. Ello ha resultado en muy dispares regímenes de imposición de la autorización en función de si la Administración pretende acceder a un domicilio o a una propiedad privada.

Respecto del indicado derecho fundamental, el régimen jurídico diseñado no ofrece fisura alguna. El artículo 18.2 de la Constitución opera como un mandato directo y vinculante para la Administración pública en cualquier caso, de modo que toda vez que la Administración pretenda coactivamente penetrar en el domicilio de un administrado, deberá acompañar su actuación de una resolución judicial. No existen más excepciones a este esquema que las que la misma norma constitucional recoge —la flagrancia delictiva y el consentimiento del titular del derecho fundamental—, junto a los supuestos de necesidad y aquellos que recojan las leyes orgánicas.

De este modo, a pesar de que la legislación no someta una concreta actividad administrativa ejecutiva o material a la previa autorización judicial de entrada, si el derecho a la inviolabilidad domiciliaria puede ser afectado por la actuación administrativa —salvo en las excepciones ya mencionadas— la Administración siempre deberá recabar la autorización judicial de entrada para realizar su actuación. Interesa aquí poner énfasis en el hecho de que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no distingue entre los diferentes tipos de actividad administrativa; tanto si es en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa, como en el marco de una inspección o

desarrollo; y, especialmente, en lo relativo a la atribución de la competencia para resolver las peticiones de autorización en los supuestos conflictivos antes mencionados —acto recurrido y pendiente de suspensión, y acto confirmado judicialmente.

de la coacción administrativa directa, por poner solo algunos ejemplos, la Administración debe respetar el derecho fundamental y acudir al juez para obtener la preceptiva autorización judicial de entrada. En conclusión, ante el domicilio inviolable, toda actividad administrativa de ejecución coactiva queda sometida al mandato constitucional, con independencia del tipo o especie de actividad administrativa y al margen de que la legislación recoja la imposición de la autorización o no. En todo caso, si la legislación así lo contemplara, sería simplemente a modo de recordatorio, en tanto que el imperativo emana de la norma constitucional.

El panorama que se acaba de describir cambia diametralmente cuando el bien susceptible de ser afectado por la actividad material o de ejecución de la Administración es la propiedad privada, dado que en este marco la autorización judicial no se exige por medio de un mandato constitucional o legal de alcance general ante todo tipo de ejecución administrativa coactiva. Como ya se ha dicho, ha sido la *voluntas legislatoris* la que ha impulsado el traslado del mecanismo de la autorización judicial de entrada desde el domicilio hasta la propiedad privada. Sin embargo, en dicho traslado, el legislador ha dibujado un marco ajedrezado, que en ocasiones dificulta sobremanera la tarea interpretativa del jurista.

Como se ha resaltado anteriormente, hasta la incorporación en el ordenamiento jurídico-administrativo de preceptos como el introducido por la Ley de Defensa de la Competencia en el artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA, el único criterio que ha ordenado la exigencia de la autorización judicial de entrada para penetrar en espacios no domiciliarios ha sido la actividad administrativa desarrollada. Es decir, en estos supuestos la autorización solo se consideraba exigible en el marco de la ejecución forzosa de actos administrativos, pues tanto la LOPJ como la LRJCA vinculan la autorización a la «ejecución forzosa de actos de la Administración pública». De este modo, el ejercicio de la potestad de inspección quedaba exclusivamente anudado a la autorización de entrada cuando recaía en un espacio domiciliario, mientras que si se dirigía a la propiedad privada no era exigible autorización judicial alguna (10).

(10) Sirva de ejemplo de lo anterior la argumentación de la STSJ de Baleares 383/2000, de 19 de mayo (RJCA 2000/1106), en la que ante, la entrada de la Inspección de Trabajo en unas instalaciones que no reciben la consideración de domicilio, concluye tal como se transcribe a continuación: «Puestas así las cosas, debe tenerse en cuenta que solo es en el domicilio donde se ejerce el derecho fundamental a la intimidad en tanto que «... en los restantes edificios o lugares...» a que se refiere el actual artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ejerce el derecho de propiedad, esto es, otro derecho, también constitucional, pero no fundamental sino de menor rango, que sólo cabe oponer ante la ejecución forzosa de los actos de la Administración pero no ante actividad administrativa de inspección o verificación como la que en el caso se daba puesto en el espacio donde la Administración tiene atribuida legalmente la inspección no se da intimidad alguna que proteger» (FJ 2.º). La cursiva es mía.

Sin embargo, la inoperancia de este criterio ha sido puesta de manifiesto por la Ley de Defensa de la Competencia —y otras normas (11)—, al exigir la autorización de entrada para acceder a «locales, terrenos y medios de transporte» —espacios constitutivos de propiedad privada— cuando la actividad administrativa en cuestión es la inspección, es decir, en supuestos ajenos a la ejecución forzosa de actos administrativos. De este modo, se reordenan los criterios en los que se sustenta la exigencia de la autorización de entrada para acceder a propiedad privada, especialmente en el contexto del desarrollo de las funciones de inspección.

Actualmente, el tipo de actividad administrativa en juego ha dejado de ser un criterio definitivo para disciplinar la imposición de la autorización judicial para penetrar en propiedad privada, ocupando su lugar la ley sectorial que regule la materia de que se trate. Es decir, no es un criterio *material* el que ordena la exigencia de la previa resolución judicial, sino un criterio *formal* (12). Así pues, lo que condiciona la imposición de la autorización judicial para acceder a la propiedad privada a un determinado tipo de actividad administrativa no es la naturaleza de dicha actividad en sí misma considerada, sino la voluntad del legislador en la configuración de la institución autorizatoria.

La configuración legislativa de la autorización judicial de entrada se articula, entonces, alrededor de dos ejes. De un lado, el legislador modula del ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración, al imponer la autorización judicial de entrada. Del otro, modula el contenido del derecho a la propiedad privada, al dotar a la facultad de exclusión del titular de fuerza suficiente para resistirse ante la actividad administrativa que venga

(11) Con carácter previo, la Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón, art. 80.2, ya había impuesto la autorización para penetrar en espacios no domiciliarios en el marco del ejercicio de la potestad de inspección. En concreto, el artículo 80.2 de dicha Ley establece que «[c]uando para el ejercicio de sus funciones inspectoras fuera precisa la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, deberá solicitar la oportuna autorización judicial». Sin embargo, al ser esta una norma autonómica y haberse incorporado al ordenamiento jurídico sin afectar formalmente a la LRJCA, ha pasado desapercibida por la mayoría de doctrina.

Con posterioridad a la LDC, en julio de 2007 fue modificado el artículo 100.3 de la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid, cuya redacción establece que «[l]os Agentes Forestales requerirán de autorización judicial para acceder a montes o terrenos forestales de titularidad privada, salvo que el acceso se produzca con ocasión de la extinción de incendios forestales». Como se ya dicho ya, la vigencia y aplicación de este artículo ha sido sin embargo suspendida por el TC, auto 88/2008, de 2 de abril. Sobre la constitucionalidad del precepto véase Fabio PASCUA MATEO, «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en MARTÍN REBOLLO, Luis (dir.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, p. 919.

(12) En este sentido se manifiesta FERNÁNDEZ RAMOS, según quien «no se trata de una exclusión conceptual sino jurídico-positiva». Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002, p. 292.

desprovista de la oportuna autorización judicial. Así, la afectación legislativa de la potestad de autotutela ejecutiva y la del derecho a la propiedad privada son —simbólicamente hablando— las dos caras de la moneda con la que juega el legislador (13). Esta doble baza legislativa es clara en la regulación de la potestad inspectora, en la que normalmente cuando de propiedad privada se trata, la norma, por un lado, exige únicamente la autorización de entrada en el supuesto de acceso a domicilios mientras que, por el otro, impone al administrado la obligación de facilitar el acceso de la inspección y, normalmente, sanciona la conducta tendente a su obstrucción (14).

III. EL NUEVO PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 8.6 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, SEGÚN LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La DA 7.ª, uno, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ha incorporado al artículo 8.6 de la LRJCA un tercer apartado, el cual se transcribe a continuación.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y

(13) Es preciso recordar que debe ser por medio de una norma con rango de ley que se instrumentalice esta configuración tanto del ejercicio de la autotutela ejecutiva como del derecho a la propiedad privada. En relación con la autotutela, porque la atribución de potestades susceptibles de implicar una limitación o ablación de los derechos o intereses de los administrados debe respetar en todo caso el principio de legalidad y la reserva de ley; al mismo tiempo, porque solo las normas con rango de ley pueden entrar a regular el contenido esencial del derecho a la propiedad privada en virtud del artículo 53.2 de la CE. Todo ello, sin perjuicio, de que una disposición administrativa de carácter general se ocupe de desarrollar o complementar lo que la ley previamente haya establecido.

(14) Como ejemplo, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En su artículo 113 se establece que «[c]uando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el *domicilio constitucionalmente protegido* de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el *consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial*». En el 142.2, en cambio, se reconoce la facultad de los inspectores para «entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las *fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares* en que (...). Si la persona bajo cuya custodia se encontraran los lugares mencionados en el párrafo anterior *se opusiera a la entrada* de los funcionarios de la inspección de los tributos, se precisará la *autorización escrita de la autoridad administrativa* que reglamentariamente se determine». Por último, el artículo 142.3 se establece que «[l]os obligados tributarios deberán atender a la inspección y le prestarán la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones», y en el 203 se regulan las conductas constitutivas infracción «por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria», entre las que se incluye la de «[n]egar o impedir indebidamente la entrada o permanencia en *fincas o locales* a los funcionarios de la Administración tributaria o el reconocimiento de locales, máquinas, instalaciones y explotaciones relacionados con las obligaciones tributarias».

medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.

Dos son los extremos que interesa destacar aquí de la modificación operada por la LDC en el artículo 8.6 de la LRJCA. Por un lado, por primera vez la Ley de la jurisdicción prevé de forma explícita que la autorización judicial de entrada se asocie también a la actividad administrativa de inspección. Como se ha tenido ocasión de resaltar, hasta esta modificación, solo la ejecución forzosa de actos se mencionaba en dicho precepto (15). Si se atiende a su redacción, lo que el órgano judicial autoriza es la entrada e inspección, de modo que la entrada se concibe como instrumental o vehicular de la inspección, que es lo que de forma subyacente se autoriza mediante la resolución judicial (16). Por otro lado, no solo el acceso al domicilio queda condicionado al auxilio judicial, sino también el acceso a «locales, terrenos y medios de transporte» (17).

(15) Esta novedad no solo es relevante a efectos de conjugar la imposición de la autorización de entrada a espacios constitutivos de propiedad privada en supuestos ajenos a la ejecución forzosa de actos administrativos —lo cual vengo destacando hasta ahora—, sino que su importancia radica también en el hecho de ser este el primer supuesto en el que la LRJCA contempla la competencia autorizatoria de los juzgados de lo contencioso-administrativo en materia de inspección. Era este un vacío legal que, especialmente desde el ámbito de la inspección tributaria, la doctrina se ha encargado de denunciar, puesto que ni la LRJCA, ni la LOPJ, ni las normas tributarias contemplan la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo para autorizar entradas en sede de inspección. Así, en ocasión de inspecciones domiciliarias tributarias es una aplicación análogica de la norma la que permite que se peticione la autorización a los jueces de lo contencioso-administrativo, según la STC 50/1995, de 23 de febrero. Al respecto, entre otros, véase José María ROGÍ BUQUERAS, «Derecho a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de los órganos de la Inspección de los Tributos. Un estudio a propósito de la nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000, pp. 630-632; Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007, p. 255.

(16) Es preciso tener en cuenta que la interpretación del artículo 18.2 de la CE es totalmente distinta en relación con el domicilio inviolable. A pesar de que el precepto constitucional se refiera a la «entrada y registro», es indiscutido que cualquier entrada en el domicilio constitucionalmente protegido, con independencia del fin que persiga, exige la previa autorización judicial. Así pues, en el ámbito de la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia, en relación con el domicilio, tanto da si la entrada es a efectos de una inspección o de otro tipo de actuación. Sin embargo, si la interpretación de los preceptos es literal, no sucederá lo mismo respecto del resto de lugares a los que se refiere el artículo 8.6, párrafo tercero, o el artículo 40 de la LDC, especialmente cuando se refiere a los «medios de transporte», que solo quedarán protegidos por la autorización judicial de entrada ante actuaciones enmarcadas en el ejercicio de la potestad de inspección.

(17) Si existía alguna duda de la voluntad legislativa de extender el mecanismo de la autorización judicial de entrada a la protección de la propiedad privada —dada la ambigüedad del fragmento relativo a los «restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular» contenido en el párrafo primero del art. 8.6 de la LRJCA—, esta queda totalmente disipada al haber utilizado el legislador en esta ocasión una fórmula mucho más concreta al referirse a los «locales, terrenos y medios de transporte», espacios que escapan a todas luces del concepto constitucional de domicilio.

Se rompe así la regla —no escrita— según la cual, solo las entradas en propiedad privada derivadas de la ejecución forzosa de actos administrativos queda sometida a la autorización judicial de entrada, mientras que otro tipo de actividades, como la inspección, exclusivamente deben impetrar el auxilio judicial para penetrar en domicilios constitucionalmente protegidos.

Como ya se ha dicho, disposiciones como la introducida en el artículo 8.6, párrafo tercero, de la LRJCA por la LDC obligan a reconsiderar los anclajes en el ordenamiento jurídico-administrativo de la autorización de entrada orientada a la protección de la propiedad privada. El criterio material válido hasta ahora —según el cual lo determinante era la actividad administrativa en cuestión— pierde protagonismo a favor de la configuración legal por la norma de turno de la potestad administrativa y del derecho a la propiedad privada.

IV. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN DE LAS FACULTADES DE INSPECCIÓN: INCONGRUENCIAS Y CONTRADICCIONES

La modificación operada en el párrafo tercero del artículo 8.6 de la LRJCA por la DA 7.º, uno, de la LDC trae causa del artículo 40 de la LDC, en el que se recogen las facultades de inspección del personal al servicio de la Comisión Nacional de la Competencia, a los cuales se reconoce la condición de autoridad y un amplio abanico de facultades, tal como se desprende del artículo en cuestión. Entre estas, el artículo 40.2 incluye las siguientes:

- a) acceder a cualquier *local, terreno y medio de transporte* de las empresas y asociaciones de empresas y al *domicilio* particular de los empresarios,
(...)
- e) precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

Y en su último párrafo establece que:

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente *autorización judicial*.

Lo que interesa resaltar del traslado de la Ley de Defensa de la Competencia a la LRJCA es que, si la lectura del artículo 40 de la LDC se detiene aquí y su interpretación se articula conjuntamente con la del artículo 8.6 de la LRJCA, parece desprenderse claramente que no solo las entradas en domicilios deberán someterse a la previa autorización judicial, sino también aquellas dirigidas a la

propiedad privada, ya que cuando la inspección requiera acceder a «locales, terrenos y medios de transporte» y no conste el previo consentimiento expreso del afectado (18), también deberá la Administración acudir al juez para obtener la oportuna autorización. No genera duda alguna que la referencia a locales, terrenos y medios de transporte implica una alusión explícita a ámbitos no domiciliarios, que ninguna relación mantienen con el derecho a la intimidad o incluso a la privacidad. La pretensión que se deduce de la literalidad del precepto es la de proteger bienes jurídicos ajenos al domicilio (19). Además, no solo se incluyen espacios con el carácter de bienes inmuebles —que es a lo que se refería la normativa estudiada hasta ahora—, sino que se reseñan también los medios de transporte que no pueden más que considerarse bienes muebles (20).

(18) Es preciso parar mientes en cómo el último párrafo del artículo 40.2 vincula la autorización al consentimiento. Según el precepto se requerirá «el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial». De un lado, interesa destacar que la ley alude al consentimiento *expreso*, cuando ningún otro precepto legal sobre la autorización lo hace. Del otro, que se refiera al *afectado* y no al *titular*, como hace el resto de normativa sobre autorización; lo cual en mi opinión es un acierto pues, aquel que ostenta la facultad para consentir u oponerse a la entrada no siempre es el titular dominical del espacio en cuestión, sino que dicha facultad se reconoce también a titulares de derechos reales limitados, al arrendatario e incluso al poseedor de hecho. De ahí que, a mi juicio, el concepto de derecho a la propiedad privada que se asocia a la autorización judicial de entrada —no solo en el contexto de la LDC, sino en todos aquellos en que se anuda a la misma— debe entenderse en un sentido no estricto o no riguroso, pues no solo el titular dominical dispone de la facultad de exclusión de terceros sobre el espacio al que se pretende el acceso, sino que tal facultad se reconoce también a aquel que, en términos generales, lo posee o detenta. Así pues, el concepto de propiedad privada se refiere, en fin, a un amplio abanico de derechos de carácter patrimonial.

Sin embargo, lo que más destaca del art. 40.2 es el hecho de que la exigencia del consentimiento no se ponga en relación con el acceso, es decir, que no se recurra a la ya típica fórmula de «cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular», como hace el artículo 8.6.3 de la LRJCA. Ello determina que, según el artículo 40.2 de la LDC, lo único relevante sea el consentimiento del afectado, al margen de cualquier otro elemento como podría ser, por ejemplo, la configuración física del espacio en cuestión.

(19) Existe doctrina, sin embargo, que entiende que la alusión de la LDC a los locales consiste en «una amplia configuración legal de lo que debe entenderse por domicilio de la persona jurídicas», aunque no sin poner de manifiesto que no se tiene en cuenta posibilidad de que el local «pueda tener la calificación o no de domicilio a los efectos de la protección que le depara el art. 18.2 CE». De lo cual concluye que «[e]n este sentido la LDC peca quizás de un exceso de garantismo pues no siempre los locales que puedan ser objeto de la inspección de competencia tendrán la condición de domicilio y, por ende, en un principio no debería ser necesari[a] la autorización judicial para entrar en los mismos». Véase Javier GUILLÉN CARAMÉS, *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 266.

(20) En atención a los artículos 333 a 337 del Código Civil, los medios de transporte merecen la consideración de bienes muebles. Asimismo, el artículo 585 del Código de Comercio, se refiere a los buques como bienes de naturaleza mueble. La misma consideración deben recibir las aeronaves y los automóviles y otros vehículos de motor, bienes todos ellos susceptibles de ser inscritos en el

Ahora bien, la correcta interpretación del artículo 40 de la LDC exige tener en cuenta lo que se establece en los siguientes apartados. En concreto, en su apartado tercero, prevé lo que sigue:

Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado.

Y en el cuarto, dispone lo siguiente:

Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección ordenada por el Director de Investigación o existiese el riesgo de tal oposición, éste deberá solicitar la correspondiente autorización judicial cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección.

Si se realiza una lectura detenida de los anteriores preceptos, se apreciará que el artículo 40.2 *in fine* —que impone que «[e]l ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial»—, se contradice claramente con el artículo 40.3, que establece la obligación de las empresas y asociaciones de empresas de someterse a las inspecciones. Mientras, por un lado, el legislador exige la autorización judicial de entrada a falta de consentimiento expreso para acceder a la propiedad privada; por el otro, impone a las empresas y asociaciones de empresas —cuyos locales, terrenos y medios de transporte podrán ser inspeccionados según el art. 40.2.a)— la obligación de facilitar las entradas en dichos espacios (21).

La contradicción aludida subyace en el hecho de imponerse, de un lado, la exigencia de la autorización judicial de entrada —lo cual implica el reconocimiento de la facultad de exclusión del titular frente al poder público— y a su vez, del otro, la obligación de sometimiento a la inspección, lo cual constituye la limitación por la vía legal de la facultad de exclusión del titular del espacio no domiciliario.

Registro de bienes muebles. Disposición transitoria cuarta de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

La inclusión en el precepto de los medios de transporte trae causa de la necesidad de que inspección acceda a los vehículos de titularidad de los responsables o personal de la empresa sometida a inspección por hallarse en los mismos documentación relevante a los efectos de la inspección. Debe recordarse en este sentido que reiterada jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo afirma que los vehículos utilizados exclusivamente como medio de transporte no reciben la consideración de domicilios. Por todas, véase la STS 154/2007, de 1 de marzo, FJ 2.º.

(21) Además, el artículo 62.2.d) de la LDC tipifica como infracción leve «[n]o haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en el artículo 40».

La incongruencia puesta de relieve, viene confirmada por el art. 40.4 de la misma ley (22), según el cual la autorización solo se requerirá cuando la inspección dirigida a empresas y asociaciones de empresas «implique restricción de derechos fundamentales» (23), de modo que se deduce que si el

(22) Es preciso resaltar que esta específica función de protección de «derechos fundamentales» que el artículo 40.4 de la LDC atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa no ha sido trasladada a la LRJCA, a diferencia de lo que ocurre con la autorización de entrada en «domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia» que recoge el artículo 8.6 en su párrafo tercero. Deviene así el artículo 40.4 de la LDC en un título atributivo de una nueva competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, que por asimilación se sobreentiende concedida a los juzgados de lo contencioso-administrativo. Sin duda, hubiese sido adecuado dar traslado de ello a la LRJCA cuando fue modificada precisamente en virtud de disposición adicional séptima de la misma LDC por la que se añadió al artículo 8.6 el actual tercer párrafo.

(23) En el contexto de la actividad administrativa de inspección, es difícil imaginar otros derechos fundamentales cuya titularidad recaiga en empresas y asociaciones de empresas distintos a la inviolabilidad del domicilio que puedan ser vulnerados. Acaso el legislador pretenda referirse aquí al derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE —que no obstante se protege por medio de la tutela de la inviolabilidad domiciliaria— y al secreto a las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la CE, en virtud del cual se impone igualmente por mandato constitucional una resolución judicial para autorizar dicha intromisión en el derecho fundamental, con lo que esta previsión resultaría un tanto innecesaria.

Cabe, no obstante, plantearse que el legislador pretenda extender la protección al personal y trabajadores de dicha empresa o asociaciones de empresas tutelándose así el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los mismos, o de otros derechos fundamentales cuya titularidad pueda recaer en personas físicas. En este sentido, es relevante la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009 (RJCA 2009/782) —el primer pronunciamiento dictado por este órgano judicial en virtud de la nueva competencia que le atribuye la LDC—, en la que la AN responde, entre otros, a la alegada vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los empleados al haberse incautado la inspección de documentos e informaciones de carácter personal. Según la AN, «la actuación de la administración no se encaminaba ni a aprehender esos documentos ni a intervenir las comunicaciones con terceros de los empleados, en cuanto documentos personales o transferencia de información personal de los mismos. Lo que ocurrió realmente es que la Administración, al extralimitarse en el registro vulnerando el artículo 18.2 de la Constitución, también afectó a documentos propios de los empleados. Pero esa afectación no tiene sustantividad propia (...). No apreciamos por tanto que la actuación de la Administración supusiera una intromisión en la intimidad personal y secreto de las comunicaciones de los empleados (...). No apreciamos sustantividad en esta actuación administrativa sino que entendemos que la aprehensión de los documentos privados integra la vulneración del artículo 18.2 de la Constitución, en cuanto se realizó extralimitando las facultades de los órdenes que autorizaban la entrada y registro, y sobre tales documentos por la razón de encontrarse en los domicilios inspeccionados». (FJ 4.º; la cursiva es mía).

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución de 28 diciembre de 2009, FJ 4.º iv) (AC 2010/89), ante la alegada vulneración de la «libertad informática» —protección de datos de carácter personal, según la Ley Orgánica de Protección de datos y el art. 18.4 CE— del personal de la empresa investigada, aduce argumentos varios para desestimar la pretensión entre los que destaca el principio de pertinencia que respeta la inspección realizada en tanto que «dichos datos son necesarios, proporcionados y no excesivos, siempre que no sean utilizados para otra finalidad radicalmente distinta de la que motivó su recogida».

derecho afectado es el de propiedad privada no se requiere autorización alguna (24).

En síntesis, el panorama que dibuja la legislación es el siguiente. El artículo 8.6.3 de la LRJCA exige la autorización tanto para penetrar en domicilios, locales, terrenos y medios de transporte en las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando el acceso a los mismos requiera el consentimiento de su titular. No distingue la LRJCA respecto del titular de dichos espacios. Por su parte, el artículo 40.2 *in fine* impone la autorización para el acceso a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas, así como para acceder al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, en defecto del consentimiento expreso del afectado. Como vemos, este artículo distingue entre la titularidad de los bienes, pero en ambos casos impone la autorización. Así pues, tanto el artículo 8.6.3 de la LRJCA como el artículo 40.2 de la LDC coinciden en la regulación la imposición de la autorización judicial de entrada.

En cambio, el artículo 40.3 de la LDC obliga a las empresas y asociaciones de empresas a someterse a las inspecciones. Quedan pues, excluidos, los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas de la obligación de someterse a las inspecciones. Este artículo no hace mención alguna a los espacios titularidad de los sujetos mencionados a los cuales se pretende el acceso en la inspección, pero resulta lógico inferir que en relación con las empresas y asociaciones de empresas atañe a los locales, terrenos y medios de transporte, y en relación con los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, a los domicilios particulares. De este modo, empresas y asociaciones de empresas tienen la obligación de facilitar

(24) Entiendo que la alusión a los derechos fundamentales del artículo 40.4 se refiere a los «derechos fundamentales y libertades públicas» contenidos en la Sección 1.ª, del Capítulo II, del Título I de la Constitución (del 15 al 29), para los cuales la norma fundamental reserva los mecanismos de protección más reforzados. No obstante, podría sugerirse que el legislador ha querido referirse a los derechos y libertades contenidos en todo el Capítulo II del Título I, e incluso a los principios rectores del Capítulo III del mismo título. Opciones interpretativas estas dos últimas que, sin embargo, no parecen apropiadas, no solo por las derivaciones sobre la actuación administrativa en el marco de la defensa de la competencia —que quedarían casi totalmente comprometidas a la autorización judicial previa—, sino también por las consecuencias que ello supondría en el orden de trabajo de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Ciertamente una concepción amplia de la noción de derecho fundamental anhela alcanzar un sistema altamente garantista, pero las derivaciones de ello no pueden obviarse, pues «hay que tener mucho cuidado con las consecuencias jurídicas y políticas de un régimen jurídico riguroso y severo. Sobre todo (...) hay que ser muy conscientes de las implicaciones concretas que derivan de la fijación con una u otra amplitud de la lista de los derechos fundamentales y de la fijación de su régimen jurídico», según afirma MARTÍN-RETORTILLO. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e IGNACIO DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 68.

la inspección en los locales, terrenos y medios de transporte por lo que no será necesaria la autorización judicial; pero los empresarios, administradores y personal podrán oponerse a la inspección en sus respectivos domicilios, supuestos en los que deberá impetrarse el auxilio judicial —extremo este que no podría ser de otro modo, pues de lo contrario la ley contravendría la configuración constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por último, el artículo 40.4 de la LDC exige la autorización cuando la inspección sea susceptible de suponer una restricción de derechos fundamentales y la empresa o asociación de empresas se opusieran a la misma. De la literalidad del precepto no se adivina si el titular del derecho fundamental afectado debe ser la empresa o asociaciones de empresas o incluye también a los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, pero si la facultad de oponerse a la inspección se refiere a la empresa o a los empresarios, es lógico presumir que los derechos fundamentales afectados serán los de la empresa o asociaciones de empresas.

Las contradicciones e incongruencias que encierra la regulación de la autorización de entrada en el marco de la defensa de la competencia son palmarias, por lo que a mi juicio es preciso hallar una interpretación de los preceptos que tienda su armonización, de modo que tanto la Administración, como la jurisdicción y los administrados objeto de inspección puedan actuar con la mayor seguridad jurídica posible.

1. El origen del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia

Entre otras fuentes normativas, la Ley de Defensa de la Competencia se inspira en el Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (25). Muestra de ello es que el artículo 40 de la LDC consiste en un traslado *parcial* del contenido de los artículos 20 y 21 de dicho Reglamento.

Así, por ejemplo, el art. 20.2.a) del mencionado Reglamento recoge como una de las facultades de inspección la de «acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte *de las empresas y asociaciones de empresas*». Y, el artículo 20.7 prevé que si se constata la oposición de la empresa o asociación de empresas a la inspección «cuando, *de acuerdo con la normativa nacional* (...) [se] requiera un *mandamiento judicial* se formulará la correspondiente solicitud, pudiendo solicitarse también con carácter preventivo». En el supuesto

(25) DOCE L 1, volumen 46, de 4 de enero de 2003.

español —al margen de la actual LDC— el ordenamiento jurídico exige una mandamiento judicial en el supuesto de la afectación del domicilio inviolable y del secreto de las comunicaciones —arts. 18.2 y 18.3 de la CE, respectivamente—, derechos susceptibles de ser afectados por la inspección.

Por su parte, el artículo 21.1 de la misma norma europea establece que «[s]i existe sospecha razonable de que en *cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte*, incluido el *domicilio particular* de los *empresarios, administradores y otros miembros del personal* de las empresas o asociaciones de empresas afectadas, se hallan libros u otras documentación (...), la Comisión podrá ordenar, mediante decisión, que se realice una inspección en esos locales terrenos y medios de transporte». Seguidamente, en el artículo 21.3 impone que las inspecciones del 21.1 vayan autorizadas por un mandato judicial en los siguientes términos: «No podrán ejecutarse las decisiones adoptadas con arreglo al apartado 1 sino previa obtención de un *mandamiento judicial* de un juez del Estado miembro afectado (...)». La literalidad de estos preceptos da a entender que cuando la inspección se dirija tanto al domicilio como a la propiedad privada, no de las empresas y asociaciones de empresas, sino de los empresarios, administradores y otros miembros del personal, e incluso de terceros, se exigirá en todo caso resolución judicial.

De lo anterior resulta claro que el Reglamento europeo prevé la posibilidad de que la inspección recaiga sobre la propiedad privada y el domicilio no solo de las empresas o asociaciones de empresas, sino también de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas (26). Sin embargo, el Reglamento impone la intervención judicial en los supuestos de acceso al domicilio y propiedad privada de los empresarios, administradores y empleados (27); y en el caso de

(26) Coincide la doctrina al afirmar que el Reglamento 1/2003 del Consejo amplía las facultades de inspección de la Comisión ya que, entre otros, prevé las inspecciones en el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, así como en sus locales, terrenos o medios de transporte, supuestos todos ellos en los que el Reglamento exige la autorización judicial. En este sentido, José Luis GIL IBÁÑEZ, «La Comisión y la aplicación del Derecho comunitario de la competencia», en Luis GARRIDO ESTEPÁ (dir.), *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2005, pp. 124-125. En la misma obra colectiva, Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ *et al.*, «Coordinación entre los tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los art. 81 y 82 del TCE», p. 215.

(27) No obstante, el considerando 26 de dicho Reglamento dice textualmente lo siguiente: «La experiencia ha puesto de manifiesto que en algunos casos se conservan documentos de índole profesional en los domicilios particulares de los directivos y de los colaboradores de las empresas. Por tanto es conveniente, para preservar la eficacia de las inspecciones, permitir a los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión el acceso a todos los locales en los que puedan conservarse documentos de índole profesional, incluidos los *domicilios particulares*. El ejercicio de esta última facultad debería estar supeditado, sin embargo, a la *autorización del juez nacional*». Se

empresas y asociaciones de empresas, solo cuando así lo exija la legislación nacional (28).

La influencia del Reglamento europeo en la LDC se constata también en la elaboración parlamentaria de la misma. Por ejemplo, la facultad de inspección en el domicilio particular de los empresarios, administradores y personal es fruto de una enmienda que se apoyó explícitamente en el artículo 21 del Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea. Inicialmente, la redacción contenida en el Proyecto de LDC del artículo 40.2.a) recogía únicamente la facultad para «acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas». La enmienda núm. 37 en el Congreso de los Diputados proponía la siguiente redacción del art. 40.2.a): «Acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones e incluso al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, siempre y cuando en este último caso exista sospecha razonable de que se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa y se disponga de consentimiento del interesado o de resolución judicial que lo autorice» (29). En el dictamen de la Comisión, solo se aceptó la primera parte de enmienda, rechazando aquella en la que se imponía la autorización judicial de entrada *exclusivamente* para los casos de acceso al domicilio, sin que en los posteriores trámites parlamentarios se suscitara cuestión alguna al respecto (30).

deduce de lo anterior que la autorización se exige únicamente para acceder al domicilio particular de empresarios, administradores y empleados, no a sus locales, terrenos y medios de transporte; en contra de lo que se desprende del artículo 21.

(28) Es preciso recordar que no todos los Estados miembros de la Unión reconocen el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas —por ejemplo, Francia, Irlanda o los Países Bajos no lo hacen—, motivo por el que el Reglamento europeo se remite a la legislación nacional.

(29) La enmienda núm. 37 fue presentada por el Grupo Parlamentario Vasco y se justificó con la siguiente argumentación: «El artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 establece que, en casos de sospecha razonable, resulta posible la inspección incluso del «domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones empresas afectadas». Como quiera que la eficacia en la investigación de las conductas perseguibles por los órganos competentes de defensa de la competencia en sus respectivos ámbitos es susceptible de incrementar su grado de certeza mediante la utilización de esa actuación investigadora en el domicilio de los presuntos infractores, resulta necesaria y ajustada a las disposiciones de pertinente aplicación la ampliación de la investigación a ese supuesto contenido en el Reglamento comunitario, en el bien entendido respeto de las garantías inherentes a los derechos individuales de la persona en los términos previstos en la norma comunitaria, en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico». BOCG, serie A, núm. 100-18, de 26 de febrero de 2007, p. 79.

(30) El artículo 40.2.a) resultante según la Comisión es idéntico al actualmente vigente, según el cual las facultades de inspección incluyen «acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas». BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 21 de marzo de 2007, núm. 100-20.

La anterior no fue la única modificación fruto de una enmienda en el originario artículo 40 del Proyecto. De la tramitación parlamentaria en relación con el artículo 40 es conveniente señalar también que el último párrafo del artículo 40.2 trae causa de varias enmiendas propuestas en sentido unánime por distintos grupos parlamentarios. En concreto, las enmiendas 10, 83 y 106 sugerían que se añadiera un párrafo final al artículo 40.2, del siguiente tenor literal: «El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial». Como se ve, la redacción del actual último párrafo del artículo 40.2 coincide con la de las enmiendas, es decir, estas prosperaron. Todas ellas venían además justificadas en el mismo sentido: «Las facultades de acceso o precinto que se conceden en las letras a) y e) son de tal trascendencia que no resulta aceptable que puedan ejercerse discrecionalmente» (31).

Arrancan pues, como se ve, las aludidas contradicciones del artículo 40 de la LDC en las modificaciones incorporadas por las anteriores enmiendas que fueron aceptadas sin tener en cuenta la sistemática interna de la redacción originaria del artículo 40 del Proyecto de LDC —a mi entender, totalmente congruente en sí misma— que se refería únicamente a la necesidad de recabar una autorización judicial cuando fueran afectados derechos fundamentales, de modo que en el resto de supuestos las empresas y asociaciones de empresas quedaban obligadas a soportar la inspección. La incorporación de dichas enmiendas, hubiera tenido que acompañarse de la debida adaptación del resto de disposiciones contenidas en el artículo 40, para que el resultante fuere sistemáticamente correcto y materialmente congruente.

No obstante, la tramitación parlamentaria permite, a mi juicio, interpretar la voluntad del legislador disipándose cualquier duda al respecto, pues en este caso es claro que lo que se pretende es —además de incluir los domicilios particulares como espacios a inspeccionar— tutelar por medio de una resolución judicial autorizatoria derechos de contenido patrimonial que se proyecten sobre locales, terrenos y medios de transporte en el marco de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia. A mayor abundamiento, téngase en cuenta que las enmiendas 10, 83 y 106 que abogan por la exigencia de autorización de entrada se proponen a una redacción inicial del artículo 40.2 que no preveía como facultad de la inspección el acceso a los domicilios —previsión que es fruto de la ya comentada enmienda núm. 37— sino únicamente el acceso a locales, terrenos y medios de transporte, no obstante lo cual se consideró que era de «tal trascendencia» que debía someterse a previa consideración judicial.

(31) La enmienda número 10 es del Grupo Parlamentario mixto; la 83, del de Esquerra Republicana y, la 106, del Popular. BOCG, serie A, núm. 100-18, de 26 de febrero de 2007.

2. Una posible interpretación armonizada de la literalidad de los artículos 8.6.3 de la LRJCA y 40 de la LDC

A la vista del Reglamento europeo y de la tramitación parlamentaria de la LDC, y sin olvidar la literalidad de los preceptos, puede configurarse a mi juicio la siguiente interpretación de los artículos 8.6.3 de la LRJCA y 40 de la LDC que, al menos en lo formal, salvaría las discordancias aludidas.

Es preciso ante todo tener presente que, al margen de lo que disponga la ley, por imperativo del artículo 18.2 de la norma suprema, la autorización judicial de entrada será exigible en todo caso para acceder e inspeccionar el domicilio constitucionalmente protegido tanto de personas físicas como jurídicas —las empresas y asociaciones de empresas (32). La autorización de entrada será igualmente exigible en el supuesto de que la inspección pueda suponer una restricción de otros derechos fundamentales de las empresas y asociaciones de empresas, pues así lo establece el artículo 40.4 de la LDC.

En cambio, cuando la injerencia recaiga sobre la propiedad privada, en mi opinión, el criterio que determinará si la autorización es preceptiva será la titularidad sobre la misma, es decir, dependerá del sujeto que ostente la facultad de exclusión del espacio en cuestión. Considero que este es el criterio a tener en cuenta, puesto que la ley distingue de forma constante entre dos clases distintas de sujetos a los que puede dirigirse la inspección: de un lado, las empresas y asociaciones de empresas, y, del otro, los empresarios, administradores u otros miembros del personal de las empresas y asociaciones de empresas. Se podría decir que la anterior es una distinción en atención a si el sujeto objeto de inspección es una persona jurídica —empresas y asociaciones de empresas— o una persona física —empresarios, administradores y personal—, que en términos generales podría aceptarse, aunque cabe tener en cuenta que también sujetos individuales pueden ser considerados como «empresas» en el supuesto de los empresarios individuales. De hecho, la misma DA 4.ª.1 de la LDC establece que «[a] efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

(32) Debe traerse a colación la sentencia 137/1985, de 17 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional reconoció el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Junto a esta, la sentencia 69/1999, de 26 de abril, en la que el intérprete supremo de la Constitución ha delimitado el concepto de domicilio de las personas jurídicas «a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros» (FJ 2.º *in fine*).

Al margen de la anterior precisión, si nos asomamos de nuevo a la redacción del artículo 40, se constatará que, en relación con las empresas y asociaciones de empresas se faculta a la inspección para acceder a los «locales, terrenos y medios de transporte» [art. 40.2.a)]. En cambio, en relación con los empresarios, administradores y otro personal, la literalidad del texto se refiere únicamente a la facultad de inspección sus domicilios particulares [art. 40.2.a)]. Formalmente, ello excluye de las facultades de la inspección el acceso a la propiedad privada de los empresarios, administradores y otro personal. Sin embargo, no cabe duda de que en la consecución de los fines de defensa de la competencia que marca la Ley 15/2007, parte del éxito de la inspección residirá en acceder a lugares no directamente vinculados con la empresa pero titularidad de los empresarios, administradores o empleados como, por ejemplo, sus vehículos particulares, en los que puede hallarse documentación o información relevante para la inspección. Además, si el artículo 40.2.a) prevé que la inspección se realice en el «domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas», parece lógico inferir —según el principio interpretativo *ad maiore ad minus*— que también se faculta la inspección en los «locales, terrenos y medios de transporte» de dichos sujetos (33).

Dicho lo anterior, puesto que el artículo 40.3 de la LDC impone a las empresas y asociaciones de empresas la obligación de «someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado», resulta que a *sensu contrario* empresarios, administradores y otro personal podrán oponerse a las inspecciones dirigidas no solo a su domicilio —acorde con el mandato constitucional— sino también a las que recaigan sobre su propiedad privada. Es decir, no se limita su facultad de exclusión de terceros de dichos espacios. Será en estos supuestos cuando, en virtud del último párrafo del artículo 40.2, así como del artículo 8.6.3 de la LRJCA —que impone la autorización cuando «requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular»— será preceptiva la autorización judicial de entrada para acceder a propiedad privada en el marco de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia.

Esta interpretación, por lo demás, coincide con la regulación que el Reglamento europeo 1/2003 impone en relación con la autorización judicial, como ya se ha visto. A mayor abundamiento, la anterior es una exégesis también acorde con la jurisprudencia constitucional en torno a la protección

(33) Recuérdese que el artículo 21.1 del Reglamento europeo prevé explícitamente la inspección en «otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas».

del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Una vez reconocido que las personas jurídicas gozan del derecho a la inviolabilidad del domicilio, el TC ha establecido matices al respecto puesto que en su caso no subyace el derecho a la intimidad, que es un derecho de carácter personal. Así, el Tribunal modula el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, de un lado, acotando los espacios susceptibles de considerarse como tales y, del otro, graduando la intensidad de la protección de dichos espacios, la cual será menor que la concedida al domicilio de las personas físicas. La menor intensidad de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas se traduce en que no pueden trasladarse en todos sus extremos las exigencias relativas a las entradas amparadas por resoluciones judiciales a los supuestos de domicilios de personas físicas a efectos de considerar vulnerado el derecho fundamental de las jurídicas. En otras palabras, se reduce la intensidad del control de «corrección constitucional» de los elementos que debe revestir la autorización judicial de entrada (34). Así pues, si la intensidad de protección es menor tratándose del domicilio inviolable de las personas jurídicas, no es desacertado pensar que en el supuesto de su propiedad privada, la inspección pueda realizarse sin el auxilio judicial.

En conclusión, me parece oportuno sostener que en ocasión de las inspecciones en materia de defensa de la competencia, la autorización judicial de entrada será necesaria para acceder al domicilio constitucionalmente protegido tanto de personas físicas como jurídicas; pero, en el supuesto de propiedad privada, únicamente cuando su titularidad recaiga sobre personas físicas (35).

No cabe duda de que en esta ocasión contribuirá a desentrañar el sentido o articular una interpretación armonizada del contenido de los preceptos estudiados, la reacción jurisprudencial frente a las autorizaciones solicitadas por la Comisión Nacional de la Competencia. Sin embargo, de la lectura de las escasas resoluciones dictadas al respecto desde la entrada en vigor de la ley, se desprende que la jurisdicción contencioso-administrativa no se ha

(34) Según el TC, «el juicio sobre la constitucionalidad de la entrada domiciliaria (...) adopta perfiles característicos que alejan los criterios rectores del proceder judicial, y también de nuestro enjuiciamiento sobre la corrección constitucional de las resoluciones judiciales aquí impugnadas, de supuestos en los que, bien por la intensidad de aflicción que la medida suponga para el derecho en cuestión, bien por tratarse del núcleo esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que es la preservación de la intimidad personal y familiar, el canon de enjuiciamiento deba ser mucho más estricto». , FJ 5º de la STC 69/1999, de 1 de junio.

(35) En contra Eugenio SORIANO, según quien la autorización judicial se exige «en los casos de precinto y de acceso a domicilio (...). Naturalmente para realizar el resto de las medidas de intervención previamente hay que acceder al local o domicilio o efectos, con lo cual, en definitiva, siempre es necesario permiso judicial (...)». José Eugenio SORIANO, *La defensa de la competencia*, Madrid, Iustel, 2007, p. 174.

hallado todavía en la tesitura de discernir cuáles son los supuestos en los que la autorización judicial de entrada es necesaria en este marco (36). Deberá esperarse pues a que se genere una mayor casuística, especialmente cuando se trate de la afectación de otros derechos fundamentales distintos a la inviolabilidad domiciliaria —y del derecho a la propiedad privada— o en el supuesto de inspecciones sobre la propiedad privada de empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.

Ante las dudas exegéticas derivadas del artículo 40 de la LDC, es preciso en todo caso destacar que en el traslado a la LRJCA de la competencia para autorizar las entradas en el marco de la actividad inspectora de la Comisión Nacional de la Competencia, el legislador incluye en el precepto no solo el domicilio, sino también los «locales, terrenos y medios de transporte» sin hacer distinción alguna respecto de la titularidad, lo cual induce al intérprete a pensar que en la *voluntas legislatoris* subiste el ánimo de proteger la propiedad privada en todo caso ante las inspecciones de dicha Comisión (37).

(36) En las pocas resoluciones dictadas hasta ahora por los Tribunales Superiores de Justicia en apelación contra autorizaciones concedidas en instancia —todas ellas referidas a empresas—, no ha sido discutido por las partes si el espacio en el que se pretendía el acceso requería autorización judicial o no, con lo que tampoco el órgano judicial se ha pronunciado al respecto. En todos los supuestos la autorización ha sido concedida con el fin de acceder a un espacio constitutivo de domicilio, remitiéndose así sin excepción la fundamentación jurídica a toda la construcción jurisprudencial elaborada alrededor del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sin que en ocasión alguna se mente —ni que someramente con fundamento a la literalidad del art. 8.6.3 de la LRJCA o del art. 40.2 de la LDC— su extensión a la propiedad privada y en relación con qué sujetos. Véanse en este sentido las siguientes resoluciones, entre otras: STSJ de Cataluña 246/2010, de 19 de marzo (JUR 2010/244773); STSJ de Madrid 681/2010, de 2 de junio (JUR 2010/345961); SSTSJ de Galicia 257/2010, de 11 de marzo (JUR 2010/176923) y 258/2010, de 11 de marzo (JUR 2010/176934).

Por su parte, de alguna de las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, se desprende igualmente que los juzgados de lo contencioso-administrativo por el momento únicamente han autorizado a la inspección para acceder a espacios considerados como domicilio de personas jurídicas. Así en la Resolución de la Comisión de 3 febrero de 2009 (AC 2009/845), de 4 de mayo de 2009 (AC 2009/1047), de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/7272), entre otras. En las mismas, sin embargo, tampoco se entra en consideración alguna respecto a la calificación del espacio en cuestión como domicilio o propiedad privada.

(37) Cabe recordar la anterior Ley de Defensa de la Competencia, la Ley 16/1989, de 17 de julio, que ya preveía en su artículo 34.1 que en los casos de investigación domiciliaria, así se intitulaba dicho artículo, «el acceso a los locales podrá realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante el mandamiento judicial». La ley asimilaba en dicho precepto de forma automática el concepto de local al de domicilio. En el apartado 3º, el artículo 34 se remitía al «Juez o Tribunal competente» estableciendo un plazo máximo de resolución de la autorización de 48 horas. Esta remisión al órgano jurisdiccional competente, en 1989, debía entenderse al artículo 87.2 de la LOPJ que atribuía la competencia a los Jueces de instrucción. Posteriormente, tras la aprobación de la LRJCA de 1998, el artículo 21 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificó el artículo 34 y en el apartado

VI. CONCLUSIONES

La autorización judicial de entrada, aun no siendo una figura central del Derecho administrativo, está llamada a desempeñar una de las tareas más difíciles en el marco jurídico-administrativo: la de mantener el justo equilibrio entre el ejercicio de las prerrogativas administrativas —en este caso, la de autotutela ejecutiva— y los derechos de los administrados —en concreto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la propiedad privada. No obstante, a pesar de la relevancia del fin al que está orientada, la normativa que disciplina esta institución jurídica es parca, en ocasiones ambigua e, incluso, incongruente. Ello ocurre especialmente en los supuestos en los que el auxilio judicial se exige para penetrar en propiedad privada, de lo cual es también exponente la Ley de Defensa de la Competencia y su traslado a la LRJCA.

A lo largo de estas páginas se ha dado cuenta sumariamente del régimen de imposición de la autorización judicial de entrada según la LOPJ y la LRJCA, así como de las derivaciones de la Ley de Defensa de la Competencia en dicho régimen al anudar la autorización a las inspecciones dirigidas a espacios constitutivos de propiedad privada y no exclusivamente a las entradas domiciliarias. Ello pone en evidencia que el criterio que orienta la exigencia de la autorización para acceder a espacios no domiciliarios es en todo caso la configuración legislativa tanto de la potestad de autotutela ejecutiva, como del derecho a la propiedad privada; y no un criterio meramente material ordenado en función del tipo de actividad administrativa desarrollada por la Administración.

Sin embargo, como se ha visto, el artículo 40 de la LDC articula de forma incongruente y contradictoria la imposición de la autorización de entrada en el marco de las inspecciones ordenadas por la Comisión Nacional de la Competencia. Ello trae causa esencialmente de las modificaciones introducidas en dicho artículo en su tramitación parlamentaria al objeto de adecuarse a la normativa europea en materia de defensa de la competencia, puesto que dichas modificaciones fueron incorporadas sin tener en cuenta la redacción original del precepto, el cual ha sido objeto de añadidos, pero no de una reformulación global.

Por el momento, la doctrina y la jurisprudencia no dan cuenta de los problemas interpretativos que proyecta el precepto, pero es previsible que cuando la

3º se previó de forma explícita que se «solicitará autorización de entrada en el domicilio al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo». Realizó un pormenorizado estudio de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, José María BAÑO LEÓN, *Potestades Administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996. En relación con el mencionado artículo 34, acúdase a las páginas 181-189.

Ley adquiera mayor rodaje se plantee la necesidad o adecuación de obtención de la previa autorización judicial por parte de la inspección para acceder a la propiedad privada en aquellos supuestos en los que la norma no da una solución clara. Será necesario entonces articular una interpretación acorde con el marco normativo europeo, con la voluntad del legislador —manifestada por medio de las enmiendas incorporadas en los trámites parlamentarios— y, sobre todo, con el espíritu de la institución autorizatoria como mecanismo de ponderación de intereses contrapuestos.

La exégesis que aquí se propone aboga por la exigencia de la autorización de entrada para acceder en propiedad privada únicamente en los supuestos en los que esta pertenezca a los administradores, empresarios y personal de la empresa. Además de los argumentos sostenidos a lo largo del texto, lo anterior se sustenta en el hecho de que es claro que la investigación tiene por objeto en todo caso las actividades colusorias desarrolladas por las empresas o asociaciones de empresas. Ello no obstante, la consecución de los fines de la investigación puede exigir acceder a espacios ajenos a la actividad empresarial aunque íntimamente vinculados a la misma, en los que, precisamente por esta relación no inmediata sino mediata con la actividad empresarial, la intervención del juez podrá considerarse necesaria con el fin de garantizar la incolumidad de los derechos patrimoniales así como de la inviolabilidad del domicilio de los administradores, empresarios y otros miembros del personal de las empresas. Así pues, cuando dicho espacio no constitutivo de domicilio sea titularidad de una empresa o asociación de empresas, no deberá impetrarse el auxilio judicial. En cambio, cuando el derecho afectado sea la inviolabilidad domiciliaria tanto de personas físicas como jurídicas, la inspección deberá en todo caso acompañarse de la resolución judicial previa, a falta del consentimiento del administrado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis: *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín: *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de tributos*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007.
- BAÑO LEÓN, José María: *Potestades Administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996.
- CABEZUDO BAJO, María José: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid, Iustel, 2004.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «Inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1987.

- COLOM PASTOR, Bartomeu: «Autorización judicial a la Administración e inviolabilidad del domicilio», en *REDA*, núms. 40-41, 1984.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, Luis *et al.*: «Coordinación entre los tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los art. 81 y 82 del TCE», en Luis GARRIDO ESTEPÁ (dir.), *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: *La actividad administrativa de inspección. El régimen general de la función inspectora*, Granada, Comares, 2002.
- FIGUEROA NAVARRO, M^o Carmen: *Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español*, Madrid, Edisofer, 1998.
- GARCÍA URETA, Agustín: *El domicilio y su régimen jurídico*, Bilbao, Lete, 2007.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis: «La Comisión y la aplicación del Derecho comunitario de la competencia», en Luis GARRIDO ESTEPÁ (dir.), *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003*, Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier: *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José: *La inviolabilidad de domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.
- LÓPEZ MENDUO, Francisco: «La intervención del juez para la defensa del domicilio ¿y también de la propiedad?», en Luis MARTÍN REBOLLO (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 2, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en *REALA*, núm. 225, 1985.
- «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *RAP*, núm. 115, 1988.
- MATÍA PORTILLA, Francisco Javier: *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- NIETO, Alejandro: «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», en *RAP*, núm. 112, 1987.
- PASCUA MATEO, Fabio: «Las entradas administrativas en inmuebles de propiedad privada», en MARTÍN REBOLLO, Luis (dir.). *Derechos fundamentales y otros*

estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo, vol. 1, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, p. 919.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás: «La autorización judicial: garantía de la inviolabilidad del domicilio y límite de la ejecución forzosa de los actos administrativos», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 224, 1984.

— «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», en *REALA*, núm. 229, 1986.

ROGÍ BUQUERAS, José María: «Derecho a la inviolabilidad del domicilio y la actuación de los órganos de la Inspección de los Tributos. Un estudio a propósito de la nueva Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio», en *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2000.

SORIANO, José Eugenio: *La defensa de la competencia*, Madrid, Iustel, 2007.

JURISPRUDENCIA

EL SISTEMA COMPETENCIAL SOBRE LAS AGUAS CONTINENTALES TRAS LA STC 31/2010, DE 28 DE JUNIO, SOBRE EL NUEVO ESTATUTO CATALÁN(*)

LORENZO MELLADO RUIZ

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. Política del agua y reforma estatutaria: el contenido «constitucional» de la STC 31/2010, de 28 de junio. 2. El esquema competencial en materia de aguas continentales: la nueva ratificación del criterio de la unidad de cuenca por las Sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo.– II. REFORMAS ESTATUTARIAS Y «TERRITORIALIZACIÓN» DEL AGUA: PREVISIONES DE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD: 1. Autonomía y «regionalización» del agua. 2. Clasificación y desglose competencial en los nuevos Estatutos de Autonomía. 3. Cláusulas de igualdad competencial y reservas de Constitución. 4. Una vuelta atrás: la atribución estatutaria de competencias sobre las aguas y no sobre las cuencas hidrográficas. 5. Desarrollo de títulos competenciales genéricos y predeterminación estatutaria de la legislación básica estatal. 6. La posible condicionalización estatutaria de los trasvases entre cuencas a través de la exigencia de «informes preceptivos». 7. La inclusión del «derecho al agua» dentro de los nuevos catálogos de derechos y deberes de los ciudadanos contenidos en los Estatutos de Autonomía.– III. BASES COMUNITARIAS DE LA GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA FRENTE A LOS NUEVOS PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN ESTATUTARIA.– IV. PERSPECTIVAS DE ORDENACIÓN: PRINCIPIO DISPOSITIVO, SOLIDARIDAD Y GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto catalán puede tener, a mi juicio, repercusiones y efectos más intensos que los destacados, desde la estricta perspectiva del modelo español de distribución de competencias entre las diferentes instancias de poder. Su funcionalidad reside en el fortalecimiento del propio esquema vigente. Estas consecuencias se proyectan, evidentemente, también sobre el tema de la regulación y ordenación de las aguas continentales, en un debate central dentro del proceso de reforma estatutaria. Se revisan en este estudio, a la luz de las premisas sentadas por la Sentencia, los diversos ámbitos de incidencia, su correspondencia con las exigencias derivadas del Derecho comunitario

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de marzo de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de mayo de 2011.

y la necesaria recepción del principio clave de gestión racional y protección integrada y sostenible del agua.

Palabras clave: reforma estatutaria; sistema competencial; aguas continentales; gestión sostenible del agua

ABSTRACT: The Spanish Constitutional Court Judgment n° 31/2010 on the Catalan Statute might have many other important consequences and ulterior effects concerning the distribution of powers among the different levels of Government than those usually stated. Its impact may lie in the utter strengthening of the current distribution framework, including obviously the question of continental waters, which happened to be crucial part of the statutory revision debate. Starting from the legal principles laid down in this judgment, this paper reviews the different fields involved, with particular attention to their consistency with regard to EU Law and the compulsory reception of the principle rational sustainable management of continental waters.

Key words: statutory revision; distribution of powers; continental waters; sustainable management of waters.

I. APROXIMACIÓN AL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Política del agua y reforma estatutaria: el contenido «constitucional» de la STC 31/2010, de 28 de junio

Es innegable que estamos asistiendo en los últimos tiempos a una aparentemente imparable carrera de reforma estatutaria. La «fiebre de la reforma» se ha extendido ya por casi todas las Comunidades Autónomas, en un proceso más de «reconstitución» territorial que de adaptación o progreso de los iniciales Estatutos de Autonomía (1). La reciente STC 31/2010, de 28 de junio, largamente esperada, y fruto de un complicado y tortuoso proceso de gestación y aprobación, constituye seguramente el pronunciamiento jurisprudencial reciente de mayor densidad sobre este proceso, dentro de un politizado —y manipulado— debate sobre algunas de las cuestiones clave de nuestro modelo de articulación territorial del poder (2). Y el tema del agua, con todos sus matices

(1) PAREJO ALFONSO, L., «Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas», *Revista de Administración Pública*, 174, (2007).

(2) Es verdad que posteriormente se han dictado dos Sentencias también esperadas e importantes, las relativas a la impugnación por parte de la Comunidad extremeña de dos artículos específicos de los nuevos Estatutos andaluz y castellano-leonés sobre la asunción de competencias exclusivas sobre las cuencas del Guadalquivir y del Duero, las Sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo, ambas con resultado, a mi juicio evidente, de inconstitucionalidad de los preceptos

y aristas, ha pasado de ser una variable o materia competencial más, desde la asentada doctrina constitucional sobre las potestades normativas y ejecutivas sobre el dominio público hidráulico, a eje directriz y elemento crítico de confrontación de las propuestas de reforma. Es posible que nos encontremos en la antesala de un nuevo Estado de las Autonomías, ante una «refundación» del modelo territorial (3), desde bases inequívocas de corte confederal, pero es preciso igualmente racionalizar el debate sobre el agua desde los presupuestos, siempre prevalentes, de los principios de sostenibilidad, gestión unitaria y planificación cooperativa del recurso. La reforma estatutaria, necesariamente bilateral, no puede comportar una reforma encubierta de la Constitución. La función constitucional de los Estatutos de Autonomía, su naturaleza mixta y su indudable margen de maniobra para el fortalecimiento del autogobierno en desarrollo e integración del marco constitucional, debe articularse precisamente dentro de los márgenes, generales y sectoriales, establecidos por el texto constitucional (4). El fruto de esa simbiosis normativa, en constante interacción, es el llamado «bloque de constitucionalidad», efecto de un proceso de convergencia necesaria —dada la relativa desconstitucionalización del sistema organizativo-competencial— mas que oportunidad de reforma unidireccional del marco constitucional común. La nivelación estatutaria dentro del «sistema normativo constitucional» —superadas las visiones «formales» y «centralistas» del orden constitucional—, que puede justificar incluso la introducción de derechos públicos subjetivos por parte de los Estatutos de Autonomía —los de antes y los de ahora—, y que no viene sino a ratificar la propia superioridad del Estatuto de Autonomía sobre las leyes estatales en todo lo relativo a la distribución competencial (5), no puede conllevar, sin embargo, y a mi juicio, la modificación sobrevenida de los principios y categorías generales establecidos en la Constitución. Como se ha dicho, el «mito del Estatuto-Constitución» (6) no puede otorgar cobertura formal genérica ni garantía ilimitada de constitucionalidad a todos los nuevos contenidos estatutarios, sobre todo los relativos

impugnados. Sin embargo, y aunque el efecto de innovación normativa —en negativo— sea más intenso, la labor argumentativa y decisoria del TC en estos últimos casos ha sido mucho menor, limitándose —en una nueva oscilación jurisprudencial— a ratificar la anterior Sentencia 227/1988 y el principio nuclear de unidad de cuenca.

(3) ÁLVAREZ CONDE, E., *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid, 2007.

(4) Pueden consultarse al respecto las contundentes consideraciones del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas contenidas en su Voto Particular a la STC 31/2010, de 28 de junio.

(5) EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, en EMBID IRUJO, A. (coord.), *Agua y territorio (Consideración especial de los Estatutos de Autonomía)*, Civitas, Madrid, 2007.

(6) MUÑOZ MACHADO, S., *El mito del Estatuto-Constitución*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *La reforma del Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 65-84.

a materias de carácter dogmático tradicionalmente excluidas de su radio de acción (principios generales, declaraciones de derechos y mandatos al legislador). Dejando al margen las previsiones reiterativas de la Constitución (derechos y principios rectores) y los posibles contenidos vinculados efectivamente a las competencias autonómicas (derechos propios, mandatos al legislador autonómico, etc.), podría ser discutible que las reservas de ley que contiene la Constitución, por ejemplo en materia de regulación de derechos y libertades, impidan o no procesos, quizás necesarios, de colaboración internormativa, desde la propia cooperación competencial y la necesaria adaptación a las nuevas circunstancias socioeconómicas, pero difícilmente puede asumirse que la «codificación» estatutaria suponga un plus de constitucionalidad, o un refuerzo, sin más, y unilateral, de las propias garantías institucionales básicas de elementos estructurales del sistema jurídico como es el conjunto de derechos, deberes y libertades consagrado en la Constitución (7). De hecho, el problema no está, de inicio, y también en materia de aguas, en el reconocimiento de derechos o libertades, o en la fijación de mandatos al legislador autonómico —lógicamente no al estatal—, sino en la articulación y suficiencia autonómica de las garantías precisas para asegurar su cumplimiento, materializar sus contenidos o desarrollar sus previsiones. Como se ha dicho, y en términos generales, no parece lógico abordar desde un Estatuto la reforma del sistema competencial establecido en el Título VIII de la Constitución (y, concretamente, el núcleo mínimo indisponible consagrado en el art. 149 CE), reformar el todo mediante la modificación, adaptación o desarrollo de una parte, derivándose entonces las funciones (y los intereses generales que son su fundamento) del Estado de la previa definición —no sólo competencial, sino institucional— del ámbito político de las autonomías (8). La STC 31/2010 sobre el Estatuto catalán parece responder (9), en este sentido, y en un aparente nuevo giro

(7) En este sentido, APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALLERA, M., *Los derechos públicos estatutarios*, en APARICIO, M. A. (ed.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 13-35.

(8) ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

(9) A esta sentencia clave ha seguido unos meses después la STC de 16 de diciembre de 2010, resolviendo el recurso número 8675/2006 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la misma Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía para Cataluña. Este segundo pronunciamiento tiene menos importancia en tanto que se declara expresamente la pérdida sobrevenida de su objeto respecto de todas las impugnaciones coincidentes con la anterior sentencia 31/2010. Además, en muchos casos la propia sentencia se remite directamente a las previsiones del pronunciamiento anterior, por ejemplo en materia de reconocimiento de una tabla de derechos en los Estatutos de Autonomía. Acerca del pronunciamiento del TC sobre el Estatuto catalán pueden consultarse ya algunos estudios y comentarios de interés: ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Las consecuencias jurídicas de la STC 31/2010, de 28 de junio, del TC sobre el Estatuto de Cataluña*, Aranzadi, Madrid, 2011; los diferentes estudios contenidos en el

jurisprudencial respecto de las posibilidades de complemento normativo de los textos estatutarios, a estos planteamientos de partida. Conviene plantearse por tanto, en momentos de clara incertidumbre jurídico-política sobre la viabilidad de muchas de las reformas estatutarias aprobadas o sometidas a aprobación, y al hilo de las primeras sentencias constitucionales sobre los nuevos textos estatutarios, cuáles podrían ser los elementos clave que deberían guiar una reforma generalizada sobre las competencias hidráulicas en nuestro Estado descentralizado.

Se ha dicho, no sin razón, que la STC 31/2010, es una sentencia inane, hueca, vacía de contenido. Su relativa insustancialidad es evidente, y poco acorde, por cierto, con el tiempo que ha tardado en aparecer. No insistiré en las conocidas razones, internas y externas, que han conducido a este insatisfactorio resultado. Pero lo cierto es que, a mi juicio, la Sentencia, al margen de su contenido fundamentalmente «interpretador» y «neutral» (hay que recordar que 50 artículos que son re-interpretados no se llevan curiosamente al fallo), no puede calificarse sin más, y apriorísticamente, como un «pronunciamiento meramente programático». Aparentemente hay una clara intención del TC por preservar el mayor contenido posible del Estatuto, al menos desde una perspectiva formal, desde una posición clara de «autocontención» o *self-restrain*, de respeto por lo decidido por el estatuyente, pero me parece que la «redefinición» o «manipulación» de alguno de los preceptos clave enjuiciados (en concreto, el marco estatutario de determinación del sistema competencial) esconde una decidida intención de detener, frenar o amortiguar el proceso de «desintegración» del modelo de distribución territorial del poder político configurado —sin lugar a dudas— por la Constitución (10). Aun a riesgo de comprometer la seguridad jurídica —al salvar la literalidad y validez de estos artículos—, e incluso la propia lógica jurídica —al forzar o extraer un contenido y una dicción ausentes en la literalidad de los preceptos enjuiciados—, la «reinterpretación constitucional», o más bien, la reafirmación de su necesario engarce con la propia jurisprudencia constitucional, de las cláusulas de exclusividad competencial, del límite de la legislación básica o, entre otras previsiones, del

número 15, (2010), de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*; ELÍAS MÉNDEZ, C., «Aproximación a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, lengua, derechos y competencias», *Revista General de Derecho Constitucional*, 10, (2010), p. 2 y ss.; TAJADURA TEJADA, J., «La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña», *Temas para el debate*, 189-190, (2010), pp. 10-12; ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La posición de los Estatutos de Autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90, (2010), pp. 267-285; etc.

(10) *Vide*, en este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90, (2010), pp. 287-334.

contenido funcional de las categorías competenciales del texto constitucional, suponen el reforzamiento de la jurisprudencia previa, y, en segundo plano, la ratificación de la superioridad, formal y material, de la Constitución sobre los textos estatutarios.

Bien es verdad que se trata de una sentencia de equilibrios, equidistante —y por ende insatisfactoria plenamente— de las posiciones en conflicto. Una sentencia que el profesor ÁLVAREZ CONDE ha calificado como de la «*perfecta libertad*», y en la que el TC se ha podido convertir no sólo en el máximo intérprete de la Constitución, sino en el «*único*» intérprete de la misma. Una sentencia abierta, manipulativa, y difícilmente aplicable por los operadores jurídicos. Pero el fondo, objeto de reinterpretación, parece claro: la salvaguarda y primacía de las categorías y construcciones constitucionales. Lo lógico hubiera sido, evidentemente, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos incompatibles con la Constitución, obviando la más que dudosa técnica contemporánea del TC de desvinculación entre eficacia y validez de los preceptos estatutarios. Pero sin llegar a ese extremo, la intención del TC parece acertada, y congruente con una visión —no monolítica, pero sí ajustada a la realidad— de consolidación de la previa doctrina recaída acerca, entre otros aspectos que no interesan aquí, sobre los conceptos, el sistema y las categorías competenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Desde estos planteamientos, es posible que la atención se esté centrando, dada la carga ideológica, cultural y político-territorial del debate sobre el agua, sobre el reparto de competencias puramente hidráulicas —sobre los recursos y aprovechamientos—, desde el criterio central del carácter intra o intercomunitario de las cuencas respectivas, o desde la resurrección autonómica del criterio literal recogido en la Constitución de la no afección a otros territorios, pero, como ya puso de manifiesto el TC en sus primeras sentencias sobre la materia, el bloque de la constitucionalidad contiene otros títulos competenciales, ancilares o transversales, que también pueden condicionar, desde la propia irrealidad de la exclusividad competencial y la necesaria cooperación interterritorial, el ejercicio de tales competencias (piénsese por ejemplo en las competencias autonómicas sobre agricultura o industria). Pues bien, uno de esos títulos competenciales con incidencia sobre la gestión de las aguas continentales es la protección medioambiental que, si bien no puede difuminar los títulos específicos referidos a la ordenación del demanio hídrico, sí debería informar —e incluso condicionar— integralmente la regulación, material y competencial, sobre la materia, fundamentalmente desde la necesaria adaptación de nuestro Derecho interno a los postulados de la Directiva marco de aguas. En el presente estudio se pretende, en este sentido, analizar la situación actual de reforma estatutaria, con una atención específica a la reciente Sentencia sobre el Estatuto catalán, su incidencia sobre el sistema competencial relativo al dominio

público hidráulico y su confrontación con los requerimientos supraestatales de protección y gestión sostenible del recurso.

Esta deseable racionalización del debate jurídico-político debería amortiguar alguna de las disfunciones puestas de manifiesto en los últimos tiempos, como la propia indefinición de nuestro modelo territorial, la proyección de las confrontaciones políticas entre el poder central y los poderes territoriales —o de estos entre sí— a los textos normativos (asiento de reivindicaciones históricas, descargo de agravios y estandarte de la autosuficiencia competencial), el inevitable «efecto llamada» entre las instancias autonómicas (lo que se ha llamado «explosión de dignidad autonomista»), el síndrome de imitación entre textos estatutarios, la falta de transparencia, intervención e implicación de la ciudadanía en los procesos políticos de planificación y toma de decisiones, la asunción positiva —con intentos de blindaje normativo— de cuestiones y problemas de indudable calado social, como el aprovechamiento territorial del agua o los trasvases entre cuencas, etc. La confrontación competencial, articulada sobre la perspectiva unilateral del aseguramiento del progreso económico y social de los distintos territorios y la proclamación estatutaria de «hechos diferenciales» hídrico-territoriales, debe ceder ante una visión institucional (objetiva) de los intereses generales, dentro del orden territorial constitucional, y, en el tema que nos ocupa, la pretendida «patrimonialización» y «territorialización» de los recursos debe coherenciarse con una visión más integral y sostenible sobre la materia. Como ha dicho el profesor PAREJO ALFONSO, la distribución de competencias no es más que un elemento, importante pero no el único, de un sistema mayor, un contexto marcado por *«el marco organizativo-decisional al servicio de la realización del orden constitucional sustantivo»*. Ante la avalancha de reivindicaciones, y el surgimiento de derechos territoriales y subjetivos sobre el agua, habría que plantearse si lo que realmente hace falta es tener más competencias, ampliarlas o desglosarlas —creando en algunos casos auténticos derechos subjetivos sobre su uso y disponibilidad—, o perfeccionar definitivamente su sistema de ordenación. A mi juicio, lo trascendente no es la acumulación desaforada de competencias —en tanto herramientas siempre instrumentales para la satisfacción de los correspondientes intereses—, ni el desarrollo o especificación máxima de materias y submaterias, articulación material del orden constitucional difícilmente clausurable de forma inequívoca, sino más bien la auténtica profundización en los aspectos, intereses o elementos diferenciadores o propios. Se trataría, como se ha dicho, de implementar un criterio de igualdad material en el ámbito territorial, en correspondencia con las exigencias de pluralismo social y territorial (más que político o partidista) demandadas por el texto constitucional.

2. El esquema competencial en materia de aguas continentales: la nueva ratificación del criterio de la unidad de cuenca por las Sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo

El sistema competencial de partida es bien conocido. Los arts. 149.1.22° y 148.1.10° CE articulan un modelo ciertamente contradictorio (11). Primero porque es diferente el ámbito material que acogen cada uno de ellos. Y segundo, porque tampoco existe coincidencia formal en cuanto al criterio de ordenación, el del interés, en el caso de las Comunidades Autónomas, y el territorial, en el caso de las competencias estatales. Sin embargo, pronto el TC ratificaría, sobre el concepto clave de cuenca hidrográfica, el criterio territorial acogido por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, correspondiendo entonces al Estado el ejercicio de las competencias legislativas y ejecutivas sobre las aguas y aprovechamientos correspondientes a las cuencas intercomunitarias (SSTS 227/1988, de 29 de noviembre y 161/1996, de 17 de octubre). Se había pasado de la incongruencia constitucional a una solución pragmática (sobre bases territoriales que ciertamente no eran las únicas admitidas por la Constitución) por parte del Tribunal Constitucional. Pero en el fondo, y como resume el profesor Ezquerro Huerva, *«la cuenca hidrográfica, como ámbito de referencia en el reparto de competencias en materia de recursos y aprovechamientos, es el único criterio que posibilita o garantiza una gestión unitaria y equilibrada de los recursos hídricos que la integran, en atención al conjunto de los intereses afectados»* (12). Por su parte, las Comunidades Autónomas —si bien sólo las de autonomía plena, al principio, lo que conllevó la paradójica limitación competencial de una Comunidad insular como Baleares— pudieron asumir competencias no sólo desde el parámetro del interés marcado por el art. 148 CE, sino hasta el techo máximo competencial derivado indirectamente del art. 149.1.22° CE. La plena competencia sobre recursos y aprovechamientos —rompiendo la inicial controversia derivada de la literalidad constitucional— de las cuencas intracomunitarias se generalizaría después a todas las Comunidades Autónomas (Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre), aún desde la propia restricción geográfica marcada por la ubicación íntegramente regional de la cuenca hidrográfica.

La evolución legislativa y los sucesivos pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional —hasta el momento actual de reivindicación autonomista—

(11) EMBID IRUJO, A., «Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 37, (1993), pp. 37-79.

(12) EZQUERRA HUERVA, A., *El régimen jurídico de las obras hidráulicas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2007, p. 225.

han consolidado este sistema competencial, desde las oscilantes premisas, no obstante, de la multifuncionalidad del agua y del entrecruzamiento de competencias. Ni siquiera la forzada recepción de la Directiva marco de aguas ha provocado un replanteamiento de la opción puramente legislativa recogida ahora en el Texto Refundido de la Ley de Aguas. Así se ha puesto de manifiesto contundentemente en las últimas sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo, mediante las cuales el TC declara la directa inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos estatutarios, andaluz y castellano-leonés, de asunción exclusiva de las «aguas autonómicas» de las cuencas intercomunitarias del Guadalquivir y del Duero. Los criterios basilares de unidad de gestión, tratamiento integral e indivisibilidad de la cuenca hidrográfica conviven ahora con una nueva realidad de gestión, las Demarcaciones Hidrográficas, instrumento necesario para la consecución integrada de los objetivos medioambientales exigidos por la normativa comunitaria. Y parece evidente, sin embargo, que tanto por las presiones y condicionamientos externos —creación de una política comunitaria integrada de aguas, con prevalencia de la dimensión ambiental del recurso— como internos —redistribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, crisis de la construcción jurisprudencial sobre el principio de unidad de cuenca, territorialización y atomización regional de los aprovechamientos a través del blindaje estatutario, etc.— lo deseable —y lo previsto hasta no hace mucho— hubiera sido la aprobación de una nueva legislación básica estatal, capaz de cohesionar de forma sistemática y general —en cuanto regulación basilar y mínimo común normativo estatal— el nuevo paradigma, organizativo y principal, derivado de la Directiva-marco y las nuevas exigencias autonómicas, lógicas por otro lado, de incremento de las competencias sobre la ordenación y aprovechamiento de los recursos hídricos y sobre la tutela ambiental de los mismos.

Lo importante puede ser remarcar de nuevo, en un contexto claramente conflictual, la pervivencia del criterio central de la unidad de cuenca. Las dos Sentencias citadas, prácticamente idénticas en su argumentación y resolución (13), han venido a confirmar de nuevo el principio general de la unidad de cuenca en materia de planificación y gestión de los recursos hídricos. El TC, una

(13) En la STC 30/2011, de 16 de marzo, rec. 5120/2007, la Comunidad de Extremadura impugnó el art. 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que atribuía competencias exclusivas a la Junta de Andalucía sobre «*las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma*», mientras que la STC 32/2011, de 17 de marzo, rec. 1710/2008, resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado igualmente por la Comunidad de Extremadura contra el art. 75.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, mediante el cual la Comunidad pretendía «*asumir competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma*».

vez salvado el óbice procesal de falta de legitimación —en tanto que al interés objetivo de la Comunidad recurrente en la propia depuración del ordenamiento se suma el interés institucional del Consejo de Gobierno de la misma en la defensa de su ámbito de autonomía—, resuelve en ambos casos la cuestión de fondo recurriendo a la consolidada doctrina constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de aguas continentales. Tanto desde una perspectiva material o sustantiva, como desde la óptica complementaria de la idoneidad formal de la atribución competencial pretendida, se ratifica la inconstitucionalidad plena —sin admitir ni siquiera la posibilidad de una *«interpretación conforme»*— de los preceptos impugnados. Materialmente porque ambas cuencas son, indudable y sencillamente, de naturaleza intercomunitaria, y, por tanto, de competencia estatal. La desvinculación o desintegración de la gestión de la cuenca equivaldría, recuerda el TC, a un *«modelo de gestión fragmentada de las aguas pertenecientes a una misma cuenca intercomunitaria»*, vulnerándose el art. 149.1.22º CE y el criterio utilizado por la Ley de Aguas en su desarrollo y articulación. Y formalmente porque, aunque el criterio de la unidad de cuenca no sea el único admisible y deducible del texto constitucional, sí parece el más ajustado al conjunto de principios generales informadores de esta materia, y nunca podría sustituirse o complementarse por otro criterio mediante una norma estatutaria general. Una cosa es la colaboración normativa estatutaria en la definición del marco competencial autonómico, y otra la libre consideración del Estatuto como norma atributiva, sin más, de competencias propias —y exclusivas— del Estado. Como recuerda el TC, retomando lo señalado en la anterior STC 247/2007, sobre el Estatuto valenciano, y también citada en este estudio, la función *«materialmente»* colaboradora de los Estatutos de Autonomía en la definición competencial propia tiene dos límites: el primero, de carácter positivo, consistente en que la precisión competencial *«se haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con las competencias estatales»*, y el segundo, de carácter negativo, y que justifica la nulidad también formal de los dos preceptos estatutarios comentados, que la *«precisión estatutaria no impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal regulada en el art. 149.1 CE de que se trate»* (14).

(14) Y señala expresamente el TC (F. J. 8º de la Sentencia 30/2011, de 16 de marzo): *«En el presente caso es evidente que con la definición estatutaria del criterio territorial determinante de la delimitación de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.22º CE no sólo se están asumiendo competencias fuera del ámbito que acabamos de señalar, sino que además se menoscaban gravemente las funciones propias de las competencias estatales, cuya razón de ser no es otra, en la lógica del sistema de descentralización característico del Estado autonómico, que la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un mínimo denominador común normativo, imprescindible en tanto que presupuesto para que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado»*.

Estas dos últimas sentencias referenciadas han vuelto a poner de manifiesto el carácter oscilante y complejo de nuestro ordenamiento sobre aguas. Porque, de un lado, aciertan, a mi juicio, al ratificar el principio de unidad de cuenca y de unidad de gestión, impidiendo un proceso secuencial —y bilateral— de fragmentación de la gestión por cuencas hidrográficas. Inconstitucionalidad material obvia, lógicamente, a la luz de la jurisprudencia y legislación básica vigente. Lo que no obsta para una posterior reconsideración, ni para una necesaria, como también sostengo en este estudio, reconstrucción de las competencias autonómicas sobre el agua, sobre la base fundamentalmente del nuevo paradigma de su gestión y protección sostenibles. Y la inadecuación es también formal, dada la imposibilidad de concreción estatutaria de criterios de delimitación de las competencias reservadas directamente por la Constitución al Estado. Pero por otro lado, denotan una cierta ambivalencia, fluctuación e indefinición de nuestro modelo de distribución territorial del poder, y, en concreto, del sistema competencial sobre las aguas. El criterio recaído en las últimas sentencias sobre los nuevos Estatutos no es uniforme ni general. Bien es verdad que los preceptos recurridos también eran diferentes. Pero la problemática de fondo sí es común. Sería necesaria quizás en los próximos años una labor más detenida de reconsideración o depuración constitucional de los criterios hermenéuticos de distribución de competencias sobre el agua, consolidando los criterios aún vigentes, o depurándolos a la luz de las nuevas circunstancias y necesidades de auténtica representación en la gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

Los siguientes epígrafes se dedican a analizar más detenidamente la situación actual del sistema normativo interno sobre el dominio público hidráulico, su repercusión sobre el proceso actual de consolidación de una nueva cultura y una nueva política de gestión sostenible del agua y la incidencia sobre estos factores de la esperada y conflictiva STC 31/2010, de 28 de junio, recaída sobre el nuevo Estatuto catalán.

II. REFORMAS ESTATUTARIAS Y «TERRITORIALIZACIÓN» DEL AGUA: PREVISIONES DE LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Autonomía y «regionalización» del agua

Como se apuntaba más arriba, estamos asistiendo en los últimos tiempos, a raíz de los procesos abiertos de reforma estatutaria, a una nueva «guerra del agua», que ahora no enfrenta a personas (riberños o titulares de aprovechamientos), sino a territorios. Los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados, y los que están pendientes de aprobación, han hecho de la ordenación del

agua prácticamente una «cuestión regional» (15). En muchos aparece como un valor esencial u objetivo básico —y, por tanto, e innecesariamente por su abstracción, objeto de confrontación competencial o territorial— de los poderes autonómicos, o como eje directriz de una serie de principios rectores o normas programáticas de acción, o como materia objeto de mandatos directos al legislador —para su tutela, para su preservación, o para la oposición a futuros trasvases—, llegándose en algunos casos a proclamar auténticos derechos de los ciudadanos sobre, no puede olvidarse, elementos integrantes del dominio público hidráulico español (16).

Sin perjuicio de desarrollar a continuación, desde una perspectiva jurídica, las principales cuestiones problemáticas que está suscitando este proceso en materia de aguas continentales, lo cierto es que parece prevalecer más la sensación de confrontación territorial y de reivindicación frente a «los demás» que el ánimo de consolidación, vía fortalecimiento del autogobierno, de un efectivo modelo de constitución territorial en materia de dominio público hidráulico en nuestro país. Hace ya tiempo que se denunció la «ingobernabilidad» hidráulica de nuestro país. Pero ahora, a la propia escasez e irregularidad de los recursos, se añade, desde una politizada y estrecha consideración de los «intereses particulares», pretensiones de desequilibrio territorial, de gestión autónoma de las aguas existentes dentro del territorio autonómico —si es que puede hablarse de aguas «que estén» dentro de un territorio— y de petrificación estatutaria de cuestiones realmente supraautonómicas (como las transferencias de recursos entre cuencas, reservadas a la planificación nacional) o al menos necesitadas de un consenso funcional y orgánico propio del sistema cooperativo de distribución de competencias consagrado en la Constitución.

(15) En el momento de escribirse estas líneas (febrero de 2011), se encuentran ya aprobados, como se sabe, los siguientes Estatutos o reformas: Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la ley Orgánica 5/1982, de 5 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Andalucía, que deroga formalmente la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre; Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Entre otras cuestiones, la conflictiva regulación de las competencias sobre el demanio hídrico han motivado la paralización del nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha, y ha desaparecido también, aunque estuvo a punto de aprobarse, el nuevo Estatuto de Autonomía de Canarias.

(16) ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas», *Revista de Administración Pública*, 173, (2007), pp. 317-353.

Asistimos pues, en un escenario de Leyes Orgánicas —curiosamente aprobadas todas, salvo en el caso de Cataluña, por amplias mayorías— y recursos ante el Tribunal Constitucional —por Comunidades Autónomas vecinas, gobernadas por partidos que a nivel parlamentario sí habían aprobado los Estatutos- (17), a un intento de «territorialización» o «autonomización» estatutaria de la ordenación del dominio público hidráulico —dentro, como se ha dicho, de un «Estado menguante»—, con mayores o menores reservas y cautelas, discordante con la propia tradición de nuestro Derecho de Aguas, con los principios y criterios generales articulados por la normativa y la jurisprudencia constitucional, con los presupuestos de tratamiento integral y tutela holística impuestos desde las instancias comunitarias, y, lo más importante, con la propia realidad dinámica, cíclica e integrada de los ecosistemas hídricos —vertebrados ahora en las Demarcaciones Hidrográficas que comprenden la zona terrestre y marina de una o varias cuencas vecinas, así como las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas—. Quizás por esta dialéctica de fondo, y por revestirse la propia problemática jurídica de una densa incertidumbre socio-política en torno al agua, la primera sentencia que ha recaído sobre uno de los recursos de inconstitucionalidad, el interpuesto por las Comunidades de Aragón y Castilla-La Mancha contra el Estatuto valenciano (STC 247/2007, de 12 de diciembre), lejos de resolver el problema concreto de la previsión de un derecho específico sobre las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias (art. 17.1), ha dejado la puerta abierta, tras un ejercicio hermenéutico de «artesanía» ordinamental, a nuevos conflictos (básicamente entiende el TC, distinguiendo entre ineficacia e inconstitucionalidad, que al no ser un derecho constitucional, no puede haber contradicción con el art. 149.1.1º CE) (18). Esta

(17) En total, se han presentado once recursos contra cuatro Estatutos de Autonomía. El Estatuto de Cataluña ha sido objeto de recurso por parte de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular, el Defensor del Pueblo y las Comunidades Autónomas de Valencia, Murcia, Illes Balears, La Rioja y Aragón, siendo en muchos de ellos las competencias sobre el agua el objeto central de la controversia. Igualmente, el Estatuto de Andalucía ha sido recurrido, fundamentalmente por la previsión de exclusividad competencial de las aguas internas de la cuenca del Guadalquivir (art. 51) por las Comunidades Autónomas de Extremadura y Valencia —aunque el TC rechazó la admisión a trámite del segundo de ellos—. Y por ahora, los últimos recursos los han presentado la Comunidad de La Rioja contra tres artículos del nuevo estatuto aragonés, por extralimitación de competencias en materia de aguas, y la Comunidad extremeña contra diversos artículos del Estatuto de Castilla y León relacionados igualmente con las competencias autonómicas sobre la cuenca del Duero.

(18) Ahora bien, salvar la constitucionalidad de un precepto a través de un argumento tan forzado, «aunque dice reconocer un derecho, no lo reconoce de verdad al no poder hacerlo», en sintonía con la proclividad de la jurisprudencia constitucional a salvar la validez de los preceptos legales «compatibles» o «interpretables» según la Constitución, puede crear en este caso problemas adicionales, puesto que si se mantiene vigente este precepto estatutario, el legislador autonómico podrá en cualquier momento apoyarse válidamente en él para dictar cualesquiera normas de desarrollo que estime necesarias. Lo cual ya no será problema del TC, sino de los Tribunales ordinarios, pero conduce a una indeseable inseguridad jurídica normativa, a un posible incremento de la conflictivi-

disociación entre eficacia y validez, y la misma flexibilidad de la Sentencia en el reconocimiento de la incidencia —y condicionalización— de los Estatutos de Autonomía en el conjunto de las competencias estatales ha conducido, con razón, a calificarla como el punto de partida de una nueva doctrina constitucional sobre nuestro modelo de reparto territorial del poder público (19).

Como se ha avanzado, y como se irá desgranando en los siguientes apartados, la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el nuevo estatuto catalán parece amortiguar o frenar en parte la sensación institucional de «progresiva desconstitucionalización» de nuestro modelo de Estado. Se afirma así con contundencia que los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución (F. J. 3º), en donde fundamentan precisamente su autonomía, regidos, en sus relaciones ordinamentales, como leyes orgánicas que son, por los principios de jerarquía (de donde resulta su posición de subordinación absoluta a la Constitución) y competencia, sin perjuicio, se aclara también, de su virtualidad de «*diversificación del Ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos*». Y en cuanto a su contenido, se ratifica la existencia de un «contenido constitucionalmente obligado» (art. 147.2 CE), un «contenido constitucionalmente posible», en virtud de previsiones constitucionales expresas, y un «contenido adicional implícito». Pues bien, el Estatuto cumple una indudable función de atribución competencial, que define, de un lado, un ámbito privativo de normación y de ejercicio del poder público por parte de la Comunidad Autónoma, y contribuye a perfilar, de otro, y de forma mediata, el propio ámbito de normación y poder propio del Estado. Pero, «*el Estatuto no es una norma atributiva de las competencias del Estado*», aclarando así

dad judicial y, lo más grave, a la apertura de un método de interpretación constitucional puramente formal y evanescente. No se trata, no obstante, de una técnica novedosa. Como es conocido, la Corte Constitucional italiana ya había manejado esta posibilidad de la degradación de rango de los «derechos subjetivos» hacia meras normas programáticas de resultado. Puede verse un comentario en este sentido en MUÑOZ MACHADO, S., «La senda constitucional hacia la Edad Media», *Diario El Mundo*, de 16 de enero de 2008. Crítico con la técnica de las «*interpretaciones conformes*» se manifiesta por ejemplo el Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, en su interesante Voto Particular a la comentada STC 31/2010, de 28 de junio: «*Dicha técnica, que parte de un respetable principio de conservación de la Ley, en modo alguno puede justificar una autoatribuida facultad del Tribunal Constitucional de reconfigurar la Ley que juzga, recreándola; lo que, en mi criterio, implica invadir el espacio lógico de la potestad legislativa. [...] Salvar la constitucionalidad de una Ley recurrida, negando lo que la misma dice, sobre la base de hacerla decir lo que no dice, más que un error, supone, a mi juicio, simultáneamente un modo de abdicación de la estricta función jurisdiccional y de ejercicio de una potestad constitucional que al Tribunal no le corresponde*». También en su Voto Particular el Magistrado D. Javier Delgado Barrio se muestra contrario a esta técnica, cuya consecuencia es, a su juicio, la creación por el propio TC, de una «*nueva norma*».

(19) FERNÁNDEZ FARRERES, G., ¿*Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonomico?* (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana), Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

las dudas sobre el alcance de afección indirecta sobre el sistema competencial estatal de las modificaciones estatutarias (F. J. 4º).

Es verdad que la sentencia podía haber sido más clara. La oportunidad, y la trascendencia de la norma enjuiciada, invitaban a ello. Pero el contexto sociopolítico ha podido pesar más que la plenitud de los razonamientos jurídicos. Podía, sí, haberse definido claramente, y para el futuro, el modelo de Estado, pero aunque no se ha hecho, el TC ha desactivado acertadamente el contenido «inconstitucional» del Estatuto. La técnica no es la adecuada ni la definitiva, pues los artículos siguen en vigor, pero la «razón jurídica» y el sentido de la resolución sí parecen serlo.

2. Clasificación y desglose competencial en los nuevos Estatutos de Autonomía

La primera cuestión problemática se refiere a las nuevas categorías y clasificaciones competenciales relativas al dominio público hidráulico contenidas en los nuevos Estatutos (fundamentalmente el catalán y el andaluz) (20). Concretamente, el nuevo Estatuto de Cataluña parte de una previa —y conveniente— clasificación de las competencias —o funciones— autonómicas, distinguiendo entre competencias exclusivas, compartidas y de ejecución (arts. 110-112). Dejando de lado la tercera categoría, que no plantea problemas, siempre y cuando se interprete la referencia a la potestad reglamentaria como la facultad específica de «*emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica*», (competencias ejecutivas en el marco de la legislación estatal sobre el dominio público hidráulico y sobre las obras de interés general, referidas —habrá que entender— a cuencas intercomunitarias), la cuestión clave radica en la incardinación dentro de la exclusividad competencial de forma íntegra y excluyente de las potestades legislativas, reglamentarias y ejecutivas. Por tanto, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad catalana, el conjunto de funciones normativas y no normativas susceptibles de recaer sobre ellas está atribuido de forma excluyente a la instancia autonómica. En cuanto a las competencias compartidas, el art. 111 vuelve a atribuir a la Generalitat el conjunto de potestades normativas y ejecutivas necesarias para su cumplimiento, pero, lógicamente, en el «*marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común en normas con rango de ley*». Olvida el precepto, a pesar de la acertada positivización del concepto jurisprudencial de competencias com-

(20) En el caso del Estatuto valenciano, las previsiones competenciales parecen ajustarse al marco constitucional de distribución de competencias, con la única duda de la aparente exclusión por el art. 49.16º de las aguas subterráneas del esquema general articulado sobre el principio de unidad de cuenca —que abarca tanto las aguas superficiales como subterráneas—.

partidas (como dice la propia STC 31/2010, «*la previsión de que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan compartir un ámbito material determinado en el ejercicio de diferentes potestades y funciones es una de las características típicas del modelo territorial del Estado autonómico*»), los diferentes mecanismos de colaboración ordinamental, además del clásico binomio legislación básica-legislación de desarrollo (cuyo fin, además, no consiste tanto en ser cauce de manifestación de una política propia, cuanto expresión necesaria de una división material de la potestad legislativa). Pero aparte de ello, no parece ajustarse tampoco a la jurisprudencia constitucional ni la obligatoriedad de establecimiento de la legislación básica en una norma con rango de ley —predeterminación dirigida además frente al Estado—, ni la aparente necesidad de su manifestación expresa. La posible excepcionalidad de los supuestos de colaboración reglamentaria en la determinación de la legislación básica tampoco puede salvarse, como indica el precepto, de acuerdo con la Constitución «y el Estatuto, puesto que la competencia normativa para el establecimiento de lo «básico» es exclusivamente estatal (el mandato autonómico para que el Parlamento nacional desarrolle y concrete a través de una ley las previsiones básicas de cada materia choca con la plena disponibilidad estatal para la delimitación, primero, y la determinación, después, de la normativa básica —y común— sobre una determinada materia).

En este sentido, ha venido a señalar expresamente la STC 31/2010, en su F. J. 60º, que el art. 111 EAC no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales, toda vez que las reduce a los «*principios o mínimo común normativo*» fijados por el Estado «*en normas con rango de ley*», cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el «*carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución*» del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre). Como señala el TC, a mi juicio certeramente, el art. 111 EAC no es una mera norma (formal) de sistematización de categorías competenciales, sino que pretende elevar a «*regla esencial*» una sola de las variables o posibilidades admitidas para la determinación del concepto de «bases estatales», invadiendo claramente las competencias del Estado en este punto, no sólo desde una pura —y limitada— perspectiva conceptual, sino «*estructural y práctica*». La consecuencia inmediata es la declaración de inconstitucionalidad —y de nulidad— del inciso reseñado, limitándose el artículo sólo a la descripción de las facultades comprendidas en la competencia de desarrollo de las bases estatales.

Con esta decisión, singular pero con importancia material desde el punto de vista de la capacidad de delimitación de las facultades autonómicas en la

estructuración de las categorías constitucionales, se pone de manifiesto a mi juicio —más allá del porcentaje específico de artículos anulados o no— la palpable tendencia restrictiva de la «*expansividad material*» de los Estatutos de Autonomía. La diferencia insalvable entre poder constituyente y poderes constituidos impide, precisamente, la modificación o determinación unilateral de categorías y conceptos constitucionales, «*entre ellos la definición de la competencia de la competencia, que como acto de soberanía sólo corresponde a la Constitución*» (F. J. 6º). Dice expresamente el TC que un Estatuto no puede contener o acoger la definición de «*categorías constitucionales*» (F. J. 57º), precisamente por su carácter subordinado a la Constitución. Y «*entre dichas categorías figuran el concepto, contenido y alcance de las funciones normativas de cuya ordenación, atribución y disciplina se trata en la Constitución en cuanto norma creadora de un procedimiento jurídicamente reglado de ejercicio del poder público. Qué sea legislar, administrar, ejecutar o juzgar; cuáles sean los términos de relación entre las distintas funciones normativas y los actos y disposiciones que resulten de su ejercicio; cuál el contenido de los derechos, deberes y potestades que la Constitución erige y regula son cuestiones que, por constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente, no pueden tener otra sede que la Constitución formal, ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo*». Admitir, pues, la determinación estatutaria de las facultades y materias propias de la configuración de cada competencia implicaría una diversidad de formas de ser competente. Ninguna norma infraconstitucional, subrogándose en la posición última del TC, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional, ni siquiera aunque se limite, en realidad, a recoger y sistematizar la propia jurisprudencia constitucional recaída al respecto (F. J. 58º). Y concluye el TC de forma tajante: «*Los arts. 110, 111 y 112 EAC no pretenden disciplinar una cuestión ajena a la disponibilidad del legislador constituido como es la definición misma de qué sean las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tales potestades serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra doctrina*». Lo único que podrían hacer los Estatutos, entonces es «*relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que le es en sí misma indisponible, y así lo han hecho los diversos Estatutos de Autonomía desde su aprobación, las potestades comprendidas en las competencias atribuidas, en el marco de la Constitución, a las respectivas Comunidades Autónomas*».

En definitiva, para la Sentencia 31/2010, las previsiones de los arts. 110, 111 y 112 del nuevo Estatuto catalán son constitucionalmente aceptables

—salvo el inciso del art. 111 declarado nulo— sólo en la medida en que, con la única voluntad de descripción, se acomoden a la construcción normativa y dogmática del propio TC. Su recepción estatutaria sólo implica la formalización aclaratoria de una doctrina previa, sin alteración de su cualidad normativa y sin lógica predeterminación de una futura línea doctrinal que pudiera recaer más adelante. Como ha vuelto a enfatizar en la posterior STC de 16 de diciembre de 2010, ambas técnicas estatutarias («*blindaje por definición*» y «*blindaje por descripción*», en palabras del Defensor del Pueblo) tienen un sentido meramente descriptivo y no impiden, limitan o menoscaban el ejercicio de las competencias estatales (F. J. 8°).

Si contrastamos estas observaciones con las consideraciones críticas vertidas más arriba sobre el contenido y funcionalidad de estos preceptos —claves, lógicamente, en el sistema competencial general diseñado por el Estatuto— parece evidente que sólo serán admisibles las previsiones de aclaración o sistematización de la jurisprudencia constitucional, y en ningún caso los intentos de definición o delimitación unilateral de categorías o de integración sustantiva de su contenido y efectos.

La STC 31/2010, de 28 de junio también ha legitimado, en una acomodación constitucional fácilmente asumible, la capacidad de los Estatutos, en la determinación de los ámbitos materiales de las competencias, de desglose, subdivisión o desagregación de materias y submaterias sobre las que la Comunidad asume competencias (F. J. 64°). Como dice el TC, «*nada en el art. 147.2.d) CE se opone a que un Estatuto de Autonomía, con la misma voluntad de descripción y sistema antes referida a los arts. 110, 111 y 112 EAC, utilice una técnica descriptiva de las materias y submaterias sobre las que la Comunidad Autónoma asume competencias siempre, obviamente, en el marco de la Constitución y respetando el límite de las competencias reservadas al Estado ex art. 149.1 CE*». El juicio material de ajustamiento a la Constitución habrá de hacerse, de acuerdo con la doctrina del propio TC, sobre el contenido —general o singular— de las materias, independientemente de su subdivisión o desglose mayor o menor. Claramente lo expone la Sentencia: «*Del art. 149.1 CE resulta que la atribución por el Estatuto a la Generalitat de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del art. 110 EAC no puede afectar a las competencias (o potestades o funciones dentro de las mismas) sobre las materias o submaterias reservadas al Estado (ya hemos dicho que la exclusividad de una competencia no es siempre coextensa con una materia), que se proyectarán, cuando corresponda, sobre dichas competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales*» (F. J. 64°). Se viabilizan, pues, las operaciones de subdivisión material, pero se subordinan

siempre al límite intangible de las competencias (o funciones dentro de las mismas) del Estado, aunque el Estatuto utilice la expresión «en todo caso» (21) para intentar referirse a la extensión de las competencias autonómicas sobre el conjunto de las submaterias correspondientes.

Pasando de las categorías y referencias generales analizadas al concreto tema del agua, cabe reseñar —anticipando ya el mantenimiento en su integridad por el TC del art. 117 EAC, aun desde la inevitable premisa de ajustamiento interpretativo a la Constitución—, que se consagra acertadamente la competencia exclusiva de la Generalitat sobre las aguas pertenecientes a cuencas hidrográficas intracomunitarias (art. 117), así como las funciones específicas integrantes de la misma. Dejando de lado alguna duda interpretativa —suscitada por el propio afán de especificación máxima del ámbito competencial—, el precepto parece ajustarse al marco constitucional, siempre y cuando se matice la exclusividad competencial de la Comunidad Autónoma de acuerdo con el juego de competencias (horizontales) cruzadas del Estado (en este sentido, el F. J. 59° de la STC 31/2010), en apartados como el b), que se apoya en las competencias puramente ambientales y de conservación de los recursos hídricos y de los ecosistemas asociados, siendo evidente que la competencia de protección ambiental no es exclusiva, sino compartida en virtud del art. 149.1.23° CE. Exclusividad no puede comportar exclusión (sobre todo porque, en el fondo, muchas de las concreciones de este artículo son, en realidad, ejercicio de desarrollo de la legislación básica), al margen de la propia y ya reseñada indisponibilidad interpretativa de categorías comunes estatales a través de un Estatuto de Autonomía (la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA dejó sentado la inviabilidad de normas autonómicas meramente interpretativas —y, en segundo plano, moduladoras— del orden constitucional de distribución de competencias). Como se ha dicho, *«la concreción de las competencias autonómicas en ningún caso podría suponer, adicionalmente, una interpretación o determinación restrictiva del «perímetro» o del alcance de las competencias atribuidas en exclusiva al Estado por la Constitución. El Estatuto no puede, en ningún caso, ni siquiera indirectamente, restringir la aplicabilidad o eficacia territorial de las competencias atribuidas al Estado directamente por la Norma fundamental»* (22). Al margen de ello, no obstante, y como compensación, hay que tener en cuenta la propia ambigüedad de la categoría de exclusividad —que puede entenderse más bien como un ejercicio de integridad funcional que de interferencia entre planos y niveles

(21) Criticada directamente en el Voto Particular a la Sentencia de D. Javier Delgado Barrio.

(22) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *La imposibilidad de «blindar» las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria*, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (coord.), *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Universidad de Jaén/Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

competenciales distintos (23)— y la prevalencia real de su dimensión material sobre la formal —la propia concurrencia natural sobre materias concretas—, lo que permitiría salvar la constitucionalidad del precepto apuntado (24).

En línea con lo señalado, señala la STC 31/2010 claramente que *«la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del art. 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya*

(23) Como ha señalado el profesor Embid Irujo, para salvar la constitucionalidad de estos preceptos, y al margen de posibles «argumentos históricos», lo cierto es que fácilmente el concepto de «exclusividad» puede derivarse a algún aspecto de una potestad o al conjunto de una potestad concreta de que disfruta una Comunidad Autónoma en relación a una determinada materia, plenitud de ejercicio que en ningún caso puede ser interferida u obstaculizada por el Estado (*Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, en EMBID IRUJO, A. (coord.), *Agua y territorio*, Civitas, Madrid, 2007, p. 29.

(24) Es necesario trasladar esta misma matización interpretativa a preceptos similares de los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía, Aragón y Castilla y León. Así por ejemplo, el art. 50 del Estatuto andaluz atribuye a la Comunidad Autónoma, en materia de aguas que transcurran íntegramente por Andalucía (desplazamiento del criterio básico de la unidad de cuenca que supone, en el fondo, una desconcertante involución —por no decir un supuesto de inconstitucionalidad—), la competencia exclusiva sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas —vuelve a repetirse— transcurran por Andalucía, y aguas subterráneas cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio (es evidente, por ejemplo, que la regulación básica del régimen concesional, que afecta a los recursos, no es competencia autonómica, sino básica estatal, o que la declaración de una obra como de interés general, que afectaría a los aprovechamientos, tampoco); aguas minerales y termales; y la participación de los usuarios, la garantía del suministro, la regulación parcelaria, y las obras de transformación, modernización y consolidación de regadíos y para el ahorro y uso eficiente del agua. En semejantes —y, por tanto dudosos— términos se manifiesta el art. 72 del Estatuto aragonés —después de consagrar también su propia sistematización de la clasificación de las competencias en el art. 71. Pero, ¿cómo va a corresponder a la Comunidad Autónoma de forma exclusiva, y sobre las aguas, no sobre las cuencas, que discurren por su territorio, el conjunto de atribuciones legislativas, reglamentarias, ejecutivas y de definición de una política propia —excluyéndose, por tanto, los títulos competenciales cruzados del Estado— en materia de ordenación, planificación y gestión de las aguas superficiales y subterráneas, de los usos y aprovechamientos hidráulicos, incluida su concesión, así como de las obras hidráulicas que no estén calificadas de interés general? Primero, las competencias autonómicas han de proyectarse sobre las aguas y aprovechamientos pertenecientes a cuencas íntegramente incluidas en su territorio (lo que dejaría entonces sin sentido al precepto en el caso concreto de Aragón). Y segundo, no puede entenderse la exclusividad como exclusión de cualesquiera otras competencias o títulos ancillares u horizontales del Estado, aún sobre las cuencas intracomunitarias. O se asume la ambivalencia del término —lo que de hecho sucede ya en muchos otros sectores y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional—, o se sobreentiende que la globalidad de potestades derivadas del mismo en ningún caso supone un desplazamiento de las cláusulas competenciales transversales —y enderezadas a la satisfacción de intereses o cuestiones de índole general— del Estado, lo que sí se hace, por ejemplo, en el nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León en el art. 70.3, con carácter general, y en el art. 75.3, en el caso de las competencias autonómicas sobre la cuenca del río Duero.

otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales», ratificando pues el principio de relatividad de las competencias autonómicas también este punto (F. J. 65º, en donde el TC se pronuncia sobre la impugnación de las competencias en materia de «aguas y obras hidráulicas»). Las competencias estatales podrán incidir válidamente, pues, sobre las materias o submaterias estatutarias, aunque se califiquen las competencias sobre las mismas como «exclusivas». Aunque el TC sigue sin proscribir la calificación estatutaria de exclusividad de competencias que, real y materialmente, no lo son, se confirma lógicamente la prevalencia de las competencias propias del Estado, independientemente de la calificación autonómica utilizada. Pero no se trata realmente de que las competencias estatales simplemente se «proyecten» sobre las autonómicas, sino que indudablemente podrán delimitar y condicionar su contenido o posibilidades materiales, y además con el alcance e intensidad determinados en la propia legislación estatal, independientemente de las formulaciones, calificaciones formales o reservas que puedan utilizarse por el legislador estatuyente. Dice concretamente el TC: «Ello así, la competencia autonómica sobre cuencas hidrográficas intracomunitarias ha de cohonestarse con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que puedan concurrir o proyectarse sobre dicha materia, en particular con el ejercicio de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), que opera como límite a la competencia planificadora autonómica». Estimo correcta la ratificación por el TC de la intangibilidad de las competencias estatales concurrentes, aún desde la ambigüedad de las fórmulas de incidencia utilizadas («conurrencia o proyección»).

Por lo demás, señala también el art. 117.3 que *«la Generalitat participa en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias»,* correspondiendo dentro de su ámbito territorial la competencia ejecutiva sobre la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos, la ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio y las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal. La STC 31/2010 ha avalado este precepto entendiendo que los Estatutos de Autonomía pueden contener fórmulas cooperativas como la reseñada, cuando están implicados los intereses o las competencias de la Comunidad Autónoma, y además porque *«es al legislador estatal, pues estatales son los órganos y funciones en los que se prevé aquí la participación autonómica, al que corresponde determinar con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de articulación, que no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio, debiendo en todo caso dejar a salvo las referidas participaciones orgánica y*

funcional la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado» (F. J. 65º) (25).

3. Cláusulas de igualación competencial y reservas de Constitución

Al margen de la cuestión de la sistematización estatutaria de las categorías competenciales y de la, a veces reiterativa, parcelación y especificación de materias y aspectos concretos incluidos en dicho radio competencial, dos cuestiones adicionales merecen atención en este punto, las cláusulas de igualación competencial automática y las reservas formales de ajustamiento a la Constitución.

En el primer caso, previsiones como la contenida en la D. A. 2º del nuevo Estatuto valenciano, de ampliación e igualación automática e implícita de las competencias autonómicas, plantean algunos problemas más de interpretación que de ajustamiento al orden constitucional. En realidad, la cláusula se articula en tres órdenes de previsiones: ampliación automática de las competencias autonómicas por revisión de la normativa estatal, mandato autonómico de igualación territorial y mandato autonómico de promoción del incremento del techo competencial. Los dos últimos apartados no plantean problemas, más allá del carácter meramente desiderativo o programático de su contenido —como autovinculación autonómica— y de la propia dificultad de «igualación material» en el seno de una organización territorial policéntrica (y del hecho evidente de que las competencias de reforma y actualización estatutaria en ningún caso deben corresponder, en su fase decisoria, al ejecutivo autonómico). Pero es que además, y como se ha dicho, el desarrollo estatutario —como complemento indispensable de la configuración de la constitución material y del propio orden de descentralización del poder— debería encauzarse directamente a la vertebración de un «Estado de la solidaridad interregional» (26), y no a la instauración de un Estado plural de constante y forzada equiparación

(25) En igual sentido, la posterior STC de 16 de diciembre de 2010, recaída frente al recurso de inconstitucionalidad número 9330/2006 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto catalán: «*El precepto no es inconstitucional en cuanto la Generalitat puede adoptar medidas adicionales de protección ambiental*» (F. J. 43º). Y con respecto a la mención a las facultades de policía, se entiende igualmente que no hay un mandato (autonómico) vinculante para el legislador estatal, sino una «*plena remisión a la legislación estatal, ya que las competencias autonómicas de policía serán únicamente las que determine esa legislación*».

(26) ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Reforma constitucional y reforma estatutaria», en LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de esta REVISTA, núm. VIII, Zaragoza, 2005.

interterritorial, no en los márgenes de autogobierno, sino en la acumulación de competencias propias. Es el Estado el que debe garantizar, al margen de «blindajes competenciales» o «reivindicaciones autonómicas a la jurisprudencia constitucional», que el ineludible reconocimiento de la autonomía y la diversidad propias —por ser distintos necesariamente los intereses propios de cada región— no se traduzca en una desigualdad material entre territorios, y, más grave aún, en un modelo de desvertebración territorial.

En cuanto al primer apartado de la Disposición Adicional, aparte de los defectos genéricos reseñados (fundamentalmente la ausencia de mecanismos de garantía del cumplimiento de estas autoobligaciones diacrónicas y la confusión de los planos formal y material en el reparto de competencias), parece más difícil de asumir —por carecer de exigibilidad y eficacia jurídica— una auténtica vinculación regional respecto del poder legislativo estatal (27) y, además, el pretendido carácter automático de ese objetivo de corrección bilateral de la desigualdad territorial.

Estas previsiones —radicalizadas, de hecho, en los propios proyectos de reforma estatutaria, como los intentos de inversión de las cláusulas de cierre de los proyectos andaluz y canario (28)—, ponen de manifiesto, en el fondo, el

(27) Una clara exposición de las técnicas y modalidades de «mandatos» y previsiones estatutarias frente a la actividad del legislador estatal, puede verse en MUÑOZ MACHADO, S., *El mito del Estatuto-Constitución*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (dir.), *La reforma del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 78-79.

(28) Originariamente, el art. 83 de la Propuesta de reforma del Estatuto andaluz señalaba que «*además de las competencias y funciones que la Comunidad Andaluza asume por medio del Estatuto de Autonomía, le corresponden todas aquéllas que la Constitución no atribuye expresamente al Estado*», fórmula ambigua que, aún dentro de los parámetros generales derivados del principio dispositivo, suponía, en el fondo, dejar inaplicable la cláusula residual establecida en el segundo apartado del art. 149.3 CE (si corresponde al Estado la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos, no queda margen de subsidiariedad cuando los Estatutos asumen «todas» las demás competencias no atribuidas expresamente al Estado). Más matizadamente —y suprimido después este apartado primero—, el definitivo art. 85.1 establece que «*en el ámbito de las competencias que se le atribuyen en el presente Estatuto, le corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía, además de las facultades y funciones expresamente contempladas en el mismo, todas aquellas que, por su naturaleza, resulten inherentes a su pleno ejercicio*». La formulación final ha cambiado, y quizás se ajuste ahora formalmente mejor a las reglas constitucionales de articulación de competencias (perspectiva material que sigue chocando, no obstante, con la mención, en un artículo de cierre del sistema competencial, a las «facultades y funciones» de la Comunidad Autónoma), pero, como contrapartida, se ha añadido una mención, a las «facultades inherentes» al pleno ejercicio de las competencias asumidas, que deja la puerta totalmente abierta a la discrecionalidad y a la conflictividad competencial por títulos genéricos o complejos. Al margen de la mayor o menor viabilidad de esta previsión de «poderes implícitos», cuya dilucidación correspondería en última instancia al Tribunal Constitucional, lo cierto es que parece más acertada una visión material como la andaluza, centrada en el incremento competencial necesario para alcanzar el «pleno ejercicio» de las competencias, que la fórmula automática de igualación meramente formal contenida en la reforma del Estatuto valenciano.

denunciado proceso de agrietamiento y deslocalización de nuestro esquema de distribución del poder. Como se ha dicho, la falta de una visión global del problema, y de un previo debate constitucional, ha conducido a centrar el debate de la reforma, en puros términos de bilateralidad, a la delimitación —cuando no determinación— de los límites constitucionales, cuando, paradójicamente, nos encontramos en un Estado que no ha constitucionalizado la estructura territorial del poder. Estamos asistiendo a procesos aislados y particulares de reforma estatutaria, cuyo afán de perfeccionamiento y de potenciación del autogobierno se reduce, básicamente, al incremento indefinido de competencias —a costa del Estado central— y a la reproducción —superada ya en otros sistemas descentralizados— de los esquemas de reparto, basados en la pretensión de la exclusividad legislativa para la articulación de determinadas políticas públicas, sin entender que la concertación y la negociación (política) es incompatible con una vertebración general del sistema de distribución del poder, y, lo más importante, que mejor autogobierno no significa —o no ha de significar— más competencias (o subcompetencias, o perfiles competenciales), sino potenciar la capacidad normativa y ejecutiva de actuación y, sobre todo, incrementar las vías efectivas de participación en las competencias de los demás niveles territoriales. Y termina el profesor Javier Barnés, a quien seguimos en este punto, «*la clave de un Estatuto de Autonomía del siglo XXI parece residir antes en la identificación de los mecanismos de cooperación, coordinación, participación y gobernanza en relación con determinadas materias y políticas públicas en los distintos niveles (local, nacional, europeo e internacional) que en la fijación de competencias propias, exclusivas y excluyentes (adjetivos estos últimos que, salvo excepciones, nunca han tenido vigencia real, menos aún en un mundo globalizado)*» (29).

Si se trasladan estas reflexiones al tema del agua, no es exagerado afirmar que estamos asistiendo a una «*insensata «carrera» entre Comunidades Autónomas por buscar formulaciones estatutarias que garanticen sus necesidades de agua presentes y futuras*» (30), competición desarticulada desde la necesaria perspectiva funcional del recurso y anclada en el engrosamiento autárquico de competencias —y el consiguiente intento de congelación estatutaria de rango en su regulación ulterior— más que en la definición de los intereses propios y la búsqueda de fórmulas eficaces de actuación y colaboración decisional con el resto de instancias públicas. Pueden destacarse, así, los intentos de configuración de algunas cuencas hidrográficas como «hecho

(29) BARNÉS, J., «Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XXI», *Revista de Administración Pública*, 173, (2007), pp. 293-315.

(30) PEMÁN GAVÍN, J. M^o., *En torno a la reforma del Estatuto aragonés: las posibilidades de una ampliación competencial*, en LÓPEZ RAMÓN, F. (ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de esta REVISTA, núm. VIII, Zaragoza, 2005, pp. 307-360.

diferencial» autonómico (31), enlazando con la ensayada dimensión del agua como recurso cultural (32).

4. Una vuelta atrás: la atribución estatutaria de competencias sobre las aguas y no sobre las cuencas hidrográficas

Un ejemplo más de este afán competencial viene constituido por los intentos, fructificados ya en los casos de Andalucía y Castilla y León, de consagración estatutaria de las competencias exclusivas sobre aguas interiores de cuencas intercomunitarias, con el intento, más retórico que efectivo, de matización de su posible inconstitucionalidad a través de la inclusión de reservas formales de legalidad. Dice concretamente el art. 51 del Estatuto andaluz que «*la Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22º de la Constitución*». La nueva formulación estatutaria —que a pesar de haber sido recurrida por constituir una fragmentación de la unidad de cuenca ha conllevado el traspaso efectivo de competencias sobre las «aguas propias» de la Cuenca del Guadalquivir— confunde la esencialidad e importancia de esta cuenca para Andalucía, auténtico eje socio-económico de vertebración de la región (33), con la realidad jurídica de nuestro sistema competencial (34). Retoma la literalidad de la Constitución —también para definir las competencias genéricas sobre el agua en el art. 50—, cuando

(31) KROTENBERG VÁZQUEZ, P. J., «La cuenca del Duero como hecho diferencial de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 11 (2007), pp. 173-204.

(32) BERMEJO LATRE, J. L., «La protección del agua como patrimonio cultural», VV. AA., *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

(33) En este sentido se ha señalado, a mi juicio correctamente, que sería necesaria una intensificación o reforzamiento de la presencia de la Comunidad andaluza en la ordenación y gestión de esta cuenca hidrográfica, sin perder no obstante, su carácter supraautonómico. Los mecanismos para llevar a cabo dicha intervención son variados: vía delegación o transferencia de competencias (art. 150.2 CE), mediante la aplicación de instrumentos administrativos como la encomienda de gestión realizada por el Estado, o a través de convenios de colaboración o fórmulas de cooperación interadministrativa, reconsiderando la composición y participación de las Comunidades Autónomas implicadas en el Organismo de Cuenca, etc. Para mayores detalles me remito íntegramente al capítulo VI de mi libro *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares-Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 2010, especialmente pp. 300-315.

(34) Sobre las complejas y reiteradas dudas interpretativas y aplicativas de este precepto pueden verse las consideraciones críticas de EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía ...*, op. cit., p. 42 y ss.

tanto legislativa como jurisprudencialmente ha quedado claro que el criterio de reparto de competencias es, estrictamente, el geográfico de la extensión e integridad de la cuenca hidrográfica, vinculando tal criterio —como remarcaría la STC 161/1996— no sólo el reparto de competencias en materia de recursos, sino también la distribución de responsabilidades en torno a los aprovechamientos (35). Utiliza como criterio complementario de asunción competencial la no «afección» a otra Comunidad Autónoma, criterio hoy en día inexistente y sometido evidentemente a la indefinición propia de un bien dinámico y carente de fronteras territoriales como es el agua (precisamente en la ratificación por el TC del principio legal de unidad de cuenca prevaleció la imagen «ambiental» de la ordenación integral del ámbito físico natural por el que las aguas discurren al mar, y no la distribución ficticia y asimétrica por demarcaciones político-administrativas, ni siquiera para la atribución competencial en materia de aprovechamientos cuando las aguas «utilizadas» no hubiesen de salir del territorio autonómico) ¿Cuándo se entenderá que las aguas «que transcurren» no afectan a otro territorio? (no conviene olvidar que el principio legal de unidad de cuenca debe ser interpretado no sólo desde una perspectiva geográfica o territorial, sino también funcional). ¿Será cuándo permanezcan dentro de los límites territoriales autonómicos? ¿Cuándo habrá afección, y en qué consistirá ésta, si las aguas transcurren íntegramente por la Comunidad andaluza? ¿Al referirse a las aguas que transcurren, está excluyéndose el régimen de aprovechamientos de esta nueva fórmula competencial? Y se utilizan, finalmente, una serie de cláusulas de salvaguardia, como criterio corrector o mecanismos de legitimación, realmente innecesarias de un lado —lógicamente, por ejemplo, la pretendida exclusividad territorial debe respetar, porque lo dice la Constitución, las competencias estatales sobre las obras públicas de interés general—, e incongruentes —al mezclar por ejemplo las competencias sobre el dominio público hidráulico con el reparto competencial en materia de medio ambiente, que es el que justifica la competencia estatal en materia de legislación básica sobre protección ambiental— y contradictorias, de otro (la STC 31/2010 ha venido a legitimar, no obstante, el uso «formal» de estas cláusulas de ajustamiento a la Constitución): ¿cómo va a ostentar —podría haberse dicho, como en el caso de Castilla y León, que se trata de competencias que «se asumirán»— la Comunidad andaluza competencias «exclusivas» sobre las aguas de una cuenca intercomunitaria, y, ello sin perjuicio, «de la planificación general» (¿?) y de las propias reglas constitucionales —interpretadas ya por el TC de un modo radicalmente contrario— contenidas en el art. 149.1.22º CE? Como bien ha resumido Embid Irujo, «*si la decisión en sí misma es contraria a la Constitución, no puede sanarse por más que se afirme que se regula «de*

(35) EZQUERRA HUERVA, A., «Principio de unidad de cuenca y competencias autonómicas en materia de aguas (STC 161/1996, de 17 de octubre)», en esta REVISTA, 10, (1997), pp. 377-399.

acuerdo con» la Constitución y la legislación estatal, y ello porque no hay acuerdo posible con la Constitución si la decisión estatutaria es inconstitucional en sí misma, e, igualmente, porque la legislación estatal no puede legítimamente desarrollar aquello que es inconstitucional intrínsecamente» (36).

En el caso de Castilla y León, el art. 75.1 del nuevo texto estatutario no sólo desvirtúa el criterio central de reparto ratificado por el TC, sino que transforma las propias reglas competenciales establecidas en la Constitución. «*Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León —dice el artículo—, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la Cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal, sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma*». Al margen de la ratificación del criterio territorial, en un caso, además, de cuenca internacional, lo criticable es la propia contradicción con el art. 149.1.22º CE, que en ningún caso admite una concurrencia material en el desarrollo de las competencias sobre los recursos y aprovechamientos hidráulicos. El título competencial es, en uno u otro caso, completo, sin articulación concurrencial de funciones normativas o ejecutivas. Y el criterio constitucional de reparto, el carácter intra o intercomunitario de la cuenca respectiva. La esencialidad y «valor» de la Cuenca del Duero, y su carácter prácticamente castellano-leonés, deberían permitir, en vez de una reinterpretación de las reglas constitucionales, un efectivo fortalecimiento de la Comunidad Autónoma en los órganos de gestión, directamente o indirectamente a través de fórmulas de cooperación con el Estado (37).

Junto a la propia *cuestión jurídica* de la prevalencia del criterio central de unidad de cuenca, el TS también se ha pronunciado después sobre la *cuestión*

(36) EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias ...*, op. cit., p. 31.

(37) ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., «El nuevo enfoque ...», op. cit., p. 324. Como dice el profesor EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía ...*, op. cit., p. 66, «por la extensión territorial, por la importancia de los aprovechamientos y por la población afectada, la cuenca del Duero —lo mismo que la cuenca del Guadalquivir— es prácticamente castellano-leonesa, y debería existir un modo de actuación para que la Comunidad Autónoma tuviera una importancia decisiva sobre el conjunto de las aguas que pueden considerarse «propias» de la Comunidad. Dejando de lado lo que el TC pueda decir en su momento sobre este Estatuto..., existen otros procedimientos constitucionales para dar una relevancia decisiva a la Comunidad de Castilla y León en la gestión del Duero, y, por otra parte, con determinadas modificaciones normativas de la organización de los Organismos de cuenca estatales, podría conseguirse la misma finalidad. La rigidez de las interpretaciones constitucionales no puede conducir nunca a la falta de eficacia en la vida de las organizaciones y de las instituciones, y el papel de los juristas, al margen de la tan fácil —muchas veces— afirmación de inconstitucionalidades, es el de encontrar caminos para que derecho y eficacia sean términos que puedan conjugarse conjuntamente».

técnica de la delimitación del ámbito territorial de cada cuenca hidrográfica, como operación previa a la aprobación del respectivo plan hidrológico, reafirmando, como se sabe, las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre las aguas cuyas cuencas no excedan del territorio autonómico, independientemente de la efectiva transferencia de los servicios y medios necesarios por parte del Estado [STS de 20 de octubre de 2004 (38)].

Es evidente que el rígido y formal criterio hidrográfico ratificado por esta Sentencia impediría la asunción estatutaria actual de competencias exclusivas de gestión sobre aguas de cuencas intercomunitarias (39). Ni la Cuenca del Guadalquivir ni la Cuenca del Duero son, realmente, cuencas intracomunitarias. Parece más sensato, por tanto, matizar, aún asumiendo la doctrina consolidada del TC, las exigencias constitucionales con las necesidades reales de organización y gestión de las cuencas, evitando una atomización sobrevenida en la gestión del agua. No sería descabellado, como se ha propuesto ya desde algún proyecto de reforma estatutaria, reflexionar sobre las posibles aplicaciones de un principio tan importante como el de «proporcionalidad», a la hora de la fijación, por ejemplo, del grado de participación respectiva en los procedimientos de planificación hidrológica de cuencas intercomunitarias. La cooperación funcional y la integración de intereses, en el marco de la Constitución y de la Administración hidráulica derivada de la misma (Confederaciones y Demarcaciones hidrográficas), deben prevalecer sobre una forzada y discontinua planificación hidrológica —en el caso, por ejemplo, de cuencas menores endorreicas— e inhibiendo el posible riesgo de blindaje regional de las operaciones de transferencia de recursos de cuencas intercomunitarias.

5. Desarrollo de títulos competenciales genéricos y predeterminación estatutaria de la legislación básica estatal

Junto a estos problemas estructurales derivados de la creciente asunción competencial estatutaria en materia de aguas, también conviene poner de manifiesto los riesgos —hermenéuticos y aplicativos— que podrían derivarse

(38) La Sentencia, que también ha sido objeto de discusión a causa de su prevalente argumentación «formalista», anula diversos artículos de las determinaciones normativas del Plan Hidrológico del Júcar, publicadas en la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999, dada la inconstitucionalidad de las previsiones del Plan que afectaban a cuencas hidrográficas intracomunitarias por invasión de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas de Valencia y Castilla-La Mancha en materia de aguas y aprovechamientos (de hecho, todas la cuencas incluidas en el Plan original eran intracomunitarias, salvo cinco).

(39) De hecho, atendiendo a la realidad geográfica de nuestro país, y salvando los dos supuestos insulares, esta doctrina constitucional conduciría a reducir las posibilidades de exclusividad competencial sólo a tres Comunidades Autónomas (Cataluña, Galicia y Andalucía), que son las únicas con cuencas intracomunitarias.

igualmente de las nuevas previsiones estatutarias relativas a la especificación o desintegración de los títulos competenciales respectivos. En principio, no parece existir ningún inconveniente jurídico de partida para la asunción estatutaria de submaterias o perfiles competenciales —recepción, en último término, de la propia labor jurisprudencial de depuración y concreción de las reglas constitucionales—, siempre y cuando no se vulnere el ámbito indisponible de competencias estatales. Por ello, exigen una interpretación conforme con la Constitución previsiones como la contenida en el art. 72.1.b) de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma, en materia de aguas que discurran íntegramente por su territorio —y que pertenezcan a cuencas intracomunitarias, habrá que aclarar—, sobre la planificación y el establecimiento de medidas e instrumentos específicos de gestión y protección de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos y terrestres vinculados al agua. Estrictamente hablando, y sin perjuicio de la necesaria conjugación de títulos competenciales conexos, las funciones de programación y gestión de naturaleza ambiental no pueden ser de competencia exclusiva autonómica. Las cláusulas competenciales sobre medio ambiente, que ampararían dicha previsión, se entrecruzan en este punto con las competencias sectoriales —y, por tanto, más específicas— de ordenación hídrica, con un juego de articulación diferente, y necesitado en todo caso de una reconducción interpretativa hacia la posibilidad de establecimiento de normas adicionales de protección y de esquemas —nunca excluyentes— de ejecución de la legislación básica estatal.

También es necesario matizar los intentos de predeterminación estatutaria del alcance de la legislación básica estatal, vinculación desagregada que podría influir claramente en el reparto de competencias sobre la regulación de la protección ambiental de las aguas. Más allá del debate sobre la «elasticidad» —mayor o menor— y la «versatilidad» de lo básico —incompatible con la fijación de criterios generales y comunes (40)—, parece claro que el

(40) Lo mismo que no parece viable una predeterminación unilateral estatutaria de los «límites» básicos de una materia de legislación compartida, o una ordenación autonómica de contenido sustantivo de lo básico estatal, no parece razonable seguir manteniendo la flexibilidad interpretativa actual respecto al alcance de las competencias básicas y de desarrollo en sectores tan versátiles como la protección ambiental. En realidad, el fundamento competencial de la normativa estatal sobre aguas continentales —instrumentalizado luego a través del principio de unidad de cuenca— se puede desgajar en cuatro grandes bloques materiales: aguas, aprovechamientos, control o policía —reconducida por el TC a la materia de aprovechamientos— y protección ambiental. Y el juego conjunto de los títulos estatales sobre dominio público (art. 149.1.22° CE), obras hidráulicas de interés general (art. 149.1.24° CE) y establecimiento de la legislación básica sobre medio ambiente (art. 149.1.23° CE) podría dejar, a la luz de la señalada inestabilidad de lo básico y del exponencial incremento de la variable ambiental, escaso margen de actuación normativa para las Comunidades Autónomas en el caso de las aguas pertenecientes a cuencas intercomunitarias.

complemento normativo autonómico —que ha de permitirle fijar una política propia sobre la materia— debe tener como límite —y como presupuesto— la indisponibilidad estatutaria para la fijación bilateral de categorías generales (41). Como claramente se ha dicho, las Comunidades Autónomas «*pueden decidir las intervenciones normativas y de ejecución a través de las que se desarrolla lo básico, pero no pueden definirlo. Lo básico no es lo que queda tras desarrollar una materia, sino justamente lo que precede al desarrollo autonómico*» (42). Y lo mismo puede decirse para la determinación estatutaria de posibles excepciones a la exigencia de norma legal para la fijación de las bases de una determinada materia. Porque, ante todo, el binomio bases-desarrollo, y la protección sostenible del medio ambiente es un buen ejemplo, no puede seguir concibiéndose como un esquema de legislación compartida —separando ambas funciones normativas—, sino —desde la perspectiva contraria— como una oportunidad de regulación concurrente —prevaleciendo la unidad de la materia regulada sobre la dualidad de entes competentes—. Se impone, pues, la flexibilidad y la participación en la regulación de materias compartidas, pero es muy dudoso que una norma infraconstitucional pueda determinar, condicionar o preconfigurar de alguna forma la normativa básica estatal (43). El problema no es identificar el poder jurídico competente para la determinación de la legislación básica —el Estado, en principio, o, en cierta forma las Comunidades Autónomas, según los nuevos Estatutos de Autonomía—, ni la posible inversión de los términos del clásico esquema ordinamental —desde la, por lo demás impecable, determinación estatutaria como «principios o mínimo común normativo»—, sino la —olvidada— previsión de cauces y mecanismos reales de colaboración material en la regulación —identificación fáctica y previsión normativa— de cuestiones comunes. Parece lógico asumir, por tanto, que, en teoría, y tal y como ha sostenido el TC —que ha venido rechazando, de hecho, una concepción meramente principialista o formal de las bases—, única instancia competente para la determinación del concepto constitucional de «bases», la definición de lo básico es una facultad inherente

(41) Como se ha dicho, «*que el alcance de lo básico en cada momento dependa del propio titular de la competencia es lo que se ha querido por la Constitución, sin que por ello mismo los Estatutos puedan condicionar preventivamente y para su ámbito territorial el ejercicio de dicha competencia*», FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 86.

(42) GARRIDO CUENCA, N., *La reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (coord.), *La reforma del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

(43) Tanto desde el punto de vista de la separación de planos formales, al tratarse de normas pertenecientes a ordenamientos distintos —aunque los Estatutos se aprueban formalmente mediante Ley estatal—, como desde la perspectiva material, al no comportar consecuencias competenciales sustantivas la acotación o delimitación de la normativa básica sobre una materia determinada.

a la competencia para su articulación normativa, pero con el evidente límite de que se intente, a través de la definición de lo básico —o la previsión de nuevas «submaterias» desde el punto de vista funcional o material—, una reformulación o modulación de la propia delimitación sustantiva (constitucional) de las materias competenciales.

La solución no pasa, pues, por el incremento de las competencias ambientales a través de su especificación en las normas estatutarias. Desde los nuevos postulados teóricos sobre la denominada «acción administrativa integrada», se impone, en aras de una regulación adecuada de una materia compartida o concurrente (la protección del medio ambiente, como título genérico), un reconocimiento mutuo de umbrales de creación «jurídica» tanto al legislador estatal como al legislador autonómico, en un equilibrio funcional garante de la correspondiente —y nunca autónoma— esfera de intereses (por ejemplo a través de cauces de participación autonómica activa en el proceso decisorial de la legislación básica estatal). Sólo así podría modularse efectivamente la evidente indefinición del reparto funcional de la potestad normativa entre las diferentes instancias de poder y la consiguiente anomia tradicional del esquema de «autonomía administrativa».

Este ejercicio plural del poder político, que encuentra ahora ejemplos positivos como la previsión de conformación integrada de los programas de medidas previstos en el art. 92 *quater*.4 TRLA, podría plasmarse, como se ha dicho, y sustituyendo a la técnica clásica de la emisión aislada de informes y dictámenes por el «*establecimiento de procedimientos bifásicos que se caractericen porque la propuesta y/o aprobación inicial o provisional de las actuaciones se realicen en sede autonómica, mientras que la aprobación definitiva sea una función del organismo (estatal) de cuenca*» (44).

6. La posible condicionalización estatutaria de los trasvases entre cuencas a través de la exigencia de «informes preceptivos»

Con diversos matices en su redacción, diversos textos estatutarios han positivizado —con el rigor normativo propio del Estatuto de Autonomía— la facultad autonómica de condicionar o modular los posibles proyectos estatales de transferencia hídrica con incidencia en su territorio, o la realización de obras hidráulicas en general, a través de la exigencia de un «*informe preceptivo*» u obligatorio, aunque no vinculante. La unilateralidad de esta interposición, y la misma heterogeneidad de las fórmulas estatutarias, no pueden conducir, sin

(44) CARO-PATÓN CARMONA, I., *Problemas competenciales de la protección medioambiental del agua*, en VV. AA., *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, pp. 891-907.

embargo, a una descalificación genérica de las mismas, en tanto manifestación de mecanismos de «cooperación funcional», y cuando además se encuentran implicados, como remarca el TC, intereses de uno y otro nivel territorial (45).

El juicio sobre la viabilidad de estos informes autonómicos se complica, además, por la inexistencia actual de un procedimiento general de ordenación de las transferencias de recursos hídricos, tras el vaciamiento normativo y técnico de la Ley del Plan Hidrológico Nacional. Aparentemente sigue habiendo una cobertura genérica legal de las transferencias, pero sigue faltando un esquema procesal adecuado —e integrador— para la autorización singular de los trasvases.

En principio, y dada la cobertura legal, no existen mayores problemas para la configuración de estos informes como preceptivos u obligatorios. Ahora bien, no cabe confundir obligatoriedad con obstatividad. Todos los informes no vinculantes, incluidos los preceptivos, son declaraciones de juicio, no de voluntad o conocimiento (dejando al margen los llamados informes *cuasi-vinculantes*). Estos informes no deben verse, por tanto, como un impedimento o un obstáculo, sino como una garantía adicional del acierto de la decisión. El ejercicio cooperativo del poder pasa, precisamente, por fortalecer fórmulas de decisión conjunta, siendo evidente que si no se prejuzga el contenido de la decisión (carácter no vinculante) (46) y no se afecta a las competencias ajenas (47), reinterpretabo las cláusulas territoriales de los Estatutos de acuerdo con el principio basilar de unidad de cuenca, el parecer previo de la Comunidad Autónoma afectada vehiculizará su evidente interés territorial y garantizará una mayor racionalidad en la actividad decisiva última.

La prevalencia de las reglas competenciales (sustantivas) sobre previsiones concretas de carácter procesal y la propia indeterminación de las reglas estatutarias en la configuración de estos informes impiden cualquier otra interpretación. Atendiendo al principio nuclear de competencia, sólo podrán tener eficacia jurídica plena, y configurarse como estrictamente «preceptivos» —en tanto trámite procedimental autonómico «impuesto» sobre un procedimiento de naturaleza y competencia estatales— en los casos en los que su aportación dependa del ejercicio de una previa competencia autonómica, lo que reduciría su viabilidad a la previsión legal de las llamadas «conexiones».

(45) Confirmando lo adelantado en la STC 31/2010, así se pronuncia la posterior STC de 9 de septiembre de 2010, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad número 9501/2006, interpuesto por la Generalitat de la Comunitat Valenciana contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

(46) En ausencia de reglas expresas, hay que convenir que se trata de informes no vinculantes (art. 83.1 LRJAP), lo que se corrobora, en el caso del Estatuto de Cataluña, con la sustitución final de la fórmula original del precepto, que calificaba dicho informe como «determinante».

(47) EMBID IRUJO, A., *Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto ...*, op. cit., p. 34.

La STC 31/2010 ha venido a matizar sin embargo las consideraciones precedentes. En el F. J. 65º se señala acertadamente que las previsiones genéricas autonómicas sobre la exigencias de informes previos no pueden enervar o desplazar a las competencias estatales constitucionales, cuando se trate de trasvases entre cuencas intercomunitarias. Pero no obstante la Sentencia admite que el informe pueda calificarse —de forma unilateral y con proyección sobre ámbitos competencias estatales— válidamente como «preceptivo» (en ningún caso, obviamente, «vinculante»), lo que a mi juicio supone también una vulneración constitucional desde el punto de vista de una incidencia o condicionalización desproporcionada sobre las competencias estatales establecidas en el art. 149.1.22º CE.

Lo que parece claro es que el informe preceptivo no puede ser impeditivo de la tramitación por parte de los órganos (estatales) competentes de las transferencias de recursos hídricos entre ámbitos correspondientes a diferentes planes de cuenca. Podrá ser, sí así se configura en una norma legal, un informe necesario, pero no vinculante ni condicionante de la decisión final, ni impeditivo de la continuación del procedimiento en el caso de no emisión en plazo.

Quizás merezca otra consideración la finalidad última —el objetivo político, en suma— subyacente a estos mecanismos de «intervención autonómica» en procedimientos estatales: la evitación o condicionalización expresa de las operaciones de trasvase de aguas entre cuencas. Porque, como se ha dicho, la decisión sobre las mismas pertenece, sin lugar a dudas, al legislador estatal. Un Estatuto de Autonomía no puede, por tanto, condicionar, limitar o prede-terminar tal decisión, no tanto por la consiguiente congelación de rango o la inexistencia de un procedimiento plural previo a la toma de decisiones, sino simplemente por la evidente infracción del principio de competencia material. Mayores dudas de constitucionalidad plantean fórmulas, como la contenida en el nuevo Estatuto aragonés, que no contienen expresas fórmulas de limitación o prohibición, sino mandatos programáticos a los poderes públicos autonómicos —lo cual salvaría el precepto— para, se dice expresamente, «evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de la que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras». Aparte de la ya reiterada indefinición conceptual, suscita evidente inseguridad jurídica una fórmula en la que no se sabe si prevalece su arquitectura formal como simple mandato de acción a los poderes autonómicos o su finalidad material de prohibición de actuaciones hídricas competencia del Estado (48).

(48) En parecidos términos, la propuesta de reforma del Estatuto castellano-manchego establecía que corresponde a los poderes públicos autonómicos —paradójicamente, se dice, «de acuerdo con la Constitución, con la legislación estatal y con la normativa comunitaria aplicables»— velar

7. La inclusión del «derecho al agua» dentro de los nuevos catálogos de derechos y deberes de los ciudadanos contenidos en los Estatutos de Autonomía

La reforma estatutaria actual está siendo aprovechada por las instancias regionales para reforzar la dimensión prescriptiva y dogmática de los originales textos estatutarios. Y no parece haber impedimento u obstáculo alguno a la inclusión de tablas de derechos y deberes en los mismos (49). El art. 147.2 CE sólo prevé el contenido mínimo (50), pero no cierra la puerta a posibles contenidos eventuales, vinculados al ejercicio y garantía de la propia autonomía, y con la necesaria cobertura competencial (material) previa. Sin contravenir el núcleo normativo constitucional mínimo (el status común de ciudadanía, articulado fundamentalmente mediante el sistema de derechos fundamentales), las Comunidades Autónomas pueden, en el marco de sus propias competencias, desarrollar aspectos concretos de su contenido o condiciones de ejercicio de los derechos y deberes, e, incluso, reconocer nuevos derechos y deberes. Se trataría de permitir la colaboración sustantiva estatutaria respecto de la «dimensión objetiva» de los derechos consagrados constitucionalmente, aunque matizándose la posible intervención subjetiva sobre las facultades de actuación y los derechos de defensa (imposibilidad de rebaja del grado de protección, límites impuestos por la reserva de ley orgánica estatal, cláusulas genéricas competenciales, infracción de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes, etc).

No hay dudas, pues, sobre la labor de cooperación dogmática de las normas estatutarias, tanto a nivel de reconocimiento de derechos como de regulación, con el límite, en la capacidad de desarrollo e innovación, de la creación de «nuevos» derechos fundamentales, «*como límite insuperable para todos los poderes constituidos*», en palabras de la STC 31/2010, de 28 de junio. De hecho, precisa el TC, la labor de complemento o desarrollo en este punto de las normas estatutarias estaría claramente limitada o condicionada,

para evitar cualquier transferencia de agua de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma, y que perjudique (¿hasta qué punto? ¿en qué medida? ¿a qué tipo de intereses o sujetos?) los intereses de Castilla-La Mancha, lo cual quiere decir que, dado su carácter de Comunidad interior, y carente por tanto de cuencas intracomunitarias, el Estatuto manda a los poderes públicos autonómicos, en el marco de la Constitución, que «velen» porque el Estado no pueda ejercitar sus competencias sobre las aguas pertenecientes a cuencas intercomunitarias. La fórmula, con tal redacción, era evidentemente contraria al sistema de distribución competencial y al propio marco relacional entre los distintos poderes del Estado.

(49) APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *Los derechos públicos estatutarios* ..., *op. cit.*, p. 18.

(50) En este sentido, CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, (2009), p. 272.

por cuanto realmente la proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá verificado en la Constitución, de suerte que la intervención del Estatuto sólo sería admisible, en principio, si fuera reiterativa, y además no cabe tampoco la pormenorización o regulación aplicativa del ejercicio de un derecho fundamental a través de una Ley orgánica. No obstante, como se ha dicho, la introducción estatutaria de un sistema de derechos puede suponer «*un plus de poder jurídico o de un determinado status económico y/o social de las personas/ciudadanos frente a (o en relación con) los sujetos públicos afectados*», en cualquier caso autonómicos, en tanto prefiguración positiva de «*la acción normativa y de gobierno en el ejercicio de las propias competencias para asegurar esferas de poder participativo y prestacional a los ciudadanos*» (51).

El problema radica más bien en la posibilidad de incorporación de derechos no previstos como tales en el texto constitucional, como es el caso del derecho al agua. La mayor parte de la doctrina se ha manifestado contraria a tal posibilidad, por la evidente falta de una protección procesal específica (inexistencia de recurso de amparo), por el riesgo de degradación normativa, por la inexistencia de una legitimación axiológica común, o, en fin, por la posibilidad de una quiebra del principio de igualdad (material) ante la ley (52). Pero, si bien se mira, no se trata de una cuestión de apriorismos, sino de límites. A mi juicio, ninguna de las razones expuestas impide que un Estatuto de Autonomía pueda reconocer, sobre la base del ejercicio de sus propias competencias, y adicionándole las garantías de protección precisas, un catálogo de derechos, libertades y deberes propios (garantizando las reservas de ley, estatal o autonómica, previstas en la Constitución), e incluso nuevos «derechos fundamentales», lógicamente en el *sentido material* del término (53), a favor de sus ciudadanos (cabe recordar que según el TC, la materia «derechos fundamentales» no es, en sí, un título competencial) (54). No se trataría de

(51) APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *Los derechos públicos estatutarios...*, op. cit., pp. 19-20.

(52) Precisamente este último argumento de la afección al principio nuclear de igualdad es el utilizado expresamente por la STC 31/2010 para oponerse expresamente a la posibilidad de desarrollo estatutario (con la consiguiente creación de una pluralidad de regímenes) de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución (F. J. 17°).

(53) Como se ha recordado, no existe una reserva constitucional a favor del Estado para elaborar cartas o catálogos de derechos, ni estamos ante un supuesto de reserva de Constitución, puesto que «*formalmente los derechos estatutarios no son derechos constitucionales, y, materialmente, los derechos llamados fundamentales, con independencia de sus normas de reconocimiento, transitan por todo el ordenamiento jurídico*», CAAMAÑO, F., «Sí, pueden [Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía]», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, (2007), p. 35.

(54) Con otra argumentación se ha dicho que, en principio, «*los derechos fundamentales y las libertades públicas no se pueden regular. En virtud del juego combinado de los artículos 53 y*

«crear» nuevos derechos fundamentales que, en sede constitucional, se derivan de la propia y común dignidad humana, sino de «reforzar» el grado de protección de determinados derechos y libertades que, siendo sólo principios informadores a nivel estatal, podrían pasar a adquirir un valor inspirador y directriz del ordenamiento regional correspondiente (55). Lógicamente, y como ha reafirmado ahora la STC 31/2010, se trataría de derechos sólo vinculantes para el legislador autonómico (F. J. 16).

El juicio de constitucionalidad, por tanto, no debería anclarse en la dimensión formal, nominativa o meramente competencial de los derechos estatutarios (lo que parece haber sido hecho, sin embargo, por el TC en la ya comentada sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, que excluye la posibilidad de creación directa de derechos públicos subjetivos bajo la cobertura exclusiva de las competencias autonómicas (56)). La creación de nuevos «espacios subjetivos» de acción o prestación, de auténticos derechos públicos subjetivos, debe tamizarse más bien desde el parámetro de la suficiencia de mecanismos de protección y garantía para lograr su efectividad. O, más sencillamente, desde el análisis de la propia estructura de cada una de las normas estatutarias continentales de derechos. Salvando el contenido esencial de los derechos —cuyo mínimo común normativo corresponde al Estado— y el límite último de interdicción de trato discriminatorio previsto en el art. 139.1 CE (57), las Comunidades Autónomas pueden regular libremente, también en sede estatutaria, aspectos o desarrollos concretos en virtud de los títulos competenciales

81 de la Constitución esta materia queda reservada al legislador orgánico, por lo tanto estatal. Por ello, el contenido esencial de estos derechos y libertades no es necesario repetirlo ni posible modificarlo en los Estatutos de Autonomía. Esto no impide que se puedan regular por las Comunidades Autónomas aspectos no básicos siempre que éstas sean competentes en el ámbito en que se proyecta el derecho en cuestión», AGUDO ZAMORA, M. J., La inclusión de un catálogo de derechos y deberes en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en RUIZ-RICO RUIZ, G. J. (coord.), La reforma de los Estatutos de Autonomía: actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 354.

(55) Un ejemplo de previsión racional y congruente en este sentido lo podemos encontrar en el art. 6.3 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que dice: «Los derechos y principios del Título I de este Estatuto no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de sus disposiciones puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

(56) Crítico con esta solución se manifiesta, por ejemplo, CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos estatutarios ...», *op. cit.* p. 287, para quien se confunde aquí la existencia del derecho como tal con su justiciabilidad, y ésta con la concreción de su régimen jurídico por el legislador.

(57) Como es sabido, el TC ha señalado que la previsión del art. 139.1 CE no implica una uniformidad en todo el territorio español, sino que la igualdad en materia de derechos y obligaciones hay que proyectarla al seno de cada ordenamiento autonómico.

atribuidos (58). Pero la «eficacia jurídica» de los mismos —si atendemos a la discutible línea jurisprudencial inaugurada con la sentencia sobre el Estatuto valenciano— quedará supeditada a la inclusión expresa de un completo «sistema de garantías». Una desvinculación expresa entre eficacia y validez que supone, en el fondo, rebajar la naturaleza formal de determinadas previsiones «normativas» contenidas en un Estatuto de Autonomía (59), con las dudosas consecuencias que podría acarrear tal operación en torno a los límites y posibilidades del ulterior desarrollo legislativo, a la efectiva vinculación material de sus contenidos —sobre los ciudadanos y los poderes públicos—, o al grado de rigidez en las relaciones ordinamentales. A pesar de reconocer el carácter «abierto y flexible» de nuestro modelo territorial, ha señalado en este sentido el TC que «frente a la condición maximalista» de los Estatutos de Autonomía —respecto del contenido posible de los mismos— hay que oponer que la especial rigidez de este tipo de norma «supone una petrificación de su contenido que puede llegar a no compaginarse con un efectivo derecho a la participación política en el ejercicio de los poderes estatuidos» (F. J. 6º STC 31/2010).

Y sobre estos patrones de relativa permisividad en cuanto a la inclusión de contenidos prescriptivos en los Estatutos, pero de matización paralela de su naturaleza jurídica, se ha vuelto a manifestar en la sentencia que comentamos el TC. Estima el Alto Tribunal que, a pesar de su denominación, los «derechos estatutarios», es decir, los dirigidos a los poderes autonómicos, no son realmente derechos subjetivos, sino mandatos a los poderes públicos, operando técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas (F. J. 16º STC 31/2010). Pero realmente, no se excluye la posibilidad de creación de auténticos derechos subjetivos estatutarios («derechos subjetivos *stricto sensu*»), con un contenido preciso y dirigidos, para su satisfacción, dentro del marco competencial, a los poderes públicos regionales. El «principio de diferenciación» derivado de los posibles catálogos estatutarios de derechos y libertades se declara igualmente conforme con el orden constitucional superior.

(58) Otra cosa es, como bien se ha dicho, que muchos de los derechos reconocidos ahora en los Estatutos de Autonomía, por su carácter reiterativo e indefinido respecto del marco constitucional, no lleguen a tener un pleno sentido jurídico e incluso concreta eficacia más allá de los estrictos términos constitucionales, o de la propia y necesaria participación estatal para su realización, jurídica y material, SANZ PÉREZ, Á. L., *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 66.

(59) Como dice el Magistrado D. Javier Delgado Barrio en su Voto Particular a la STC 31/2010, se trataría de una «extraña figura de la inconstitucionalidad, sin nulidad, pero con ineficacia».

Si trasladamos estos planteamientos a la previsión contenida en alguno de los nuevos Estatutos de Autonomía sobre el «derecho al agua», claramente podrá afirmarse su posible carácter como norma directriz o de acción para los poderes públicos regionales (fundamentalmente «mandatos al legislador») (60), pero difícilmente cabrá defender su consideración como derecho humano fundamental, al no existir ni procedimientos de ejercicio, ni garantías, sustantivas o procesales, suficientes en manos de los mismos para su satisfacción (61). El derecho al agua, en su actual configuración internacional, podrá ser considerado como un derecho humano, pero no tiene la consideración de derecho público subjetivo estatutario, ni desde la perspectiva de su garantía institucional

(60) Lo que parece evidente es que en ningún caso un Estatuto podrá acoger válidamente derechos subjetivos frente a un sujeto responsable distinto a la propia Comunidad Autónoma, tal y como señala, por ejemplo, ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 145. En el caso, por ejemplo, del nuevo Estatuto aragonés (art. 19.1), no hay una expresa predeterminación de los poderes públicos «obligados» a la satisfacción del «derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes», por lo que habrá que entender como constitucional el precepto en tanto respetuoso del —y vinculado al— esquema constitucional de reparto de competencias en materia de aguas. Otra cosa es que, desde un punto de vista estrictamente material, quepa configurar tal derecho como auténtico derecho subjetivo público, es decir, postulante de una acción pública concreta para su satisfacción. Porque no hay —al menos mientras no exista desarrollo legal y reglamentario en esta materia— una tipificación suficiente e inequívoca del objeto del derecho (agua en cantidad y calidad suficientes), ni un marco temporal explícito de prestación (atención a las necesidades presentes y futuras), ni una positivización unívoca del elemento finalista del derecho (garantía del consumo humano y el desarrollo socio-económico que permita la *vertebración* y el *reequilibrio territorial de Aragón*). Más congruente parece, en este punto, la configuración por el nuevo estatuto castellano-leonés de la garantía del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes como «principio rector de la acción pública de la Comunidad» (art. 75.5).

(61) La diferenciación entre ambos planos de proclamación formal —y posible carácter programático— y exigibilidad material no tiene porqué coincidir con la artificial separación entre ineficacia e invalidez sostenida por el TC en la ya famosa sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, sobre la reforma del Estatuto valenciano. A mi juicio, resulta muy arriesgada esta operación de «economía ordinal» efectuada por el Alto Tribunal. Como acertadamente se ha dicho, admitir formalmente la validez de una norma, en este caso declarativa de derechos, mediante el simple argumento de la aclaración de su verdadero significado, supone disociar, dentro del juicio de constitucionalidad, las dimensiones de eficacia y validez. Mantener como válida una declaración como la contenida en el art. 17 del Estatuto, y rebajar la declaración de inconstitucionalidad al plano estricto de la eficacia de su contenido implica dejar vigentes previsiones autonómicas ineficaces desde la perspectiva del ordenamiento constitucional, y susceptibles por tanto, pese a la posible inconstitucionalidad sustancial —que no se ventila— de ulterior desarrollo legislativo autonómico. Sobre esta sentencia puede verse, entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, quien se pronuncia claramente en contra del razonamiento central del TC en los siguientes términos: «Nada justifica, pues, que, salvo supuestos que se han dado en llamar de «asimetría» competencial ...que se pueda dar entrada a esa desvinculación entre validez y eficacia de la norma incurso en inconstitucionalidad por extralimitación competencial» (p. 54).

ni desde los propios presupuestos dogmáticos de articulación del uso y aprovechamiento de los bienes demaniales (62). No cabe desdeñar, sin embargo, a la vista sobre todo de los nuevos planteamientos comunitarios, la posible dimensión orgánica o estructural de este derecho, en tanto consolidación de las obligaciones públicas (63), no de prestación o garantía de unos caudales mínimos o de redistribución de las posibles aguas sobrantes, sino de organización y protección integrada y sostenible del agua (64). Desde este punto de vista existiría un derecho subjetivo de los ciudadanos a la gestión sostenible del agua, más que al aprovechamiento material sobre la misma, desde las premisas fundamentales de sostenibilidad, equidad, solidaridad y racionalidad económica (65).

(62) Conviene recordar que el reformado art. 17.1 del Estatuto valenciano dispone lo siguiente: «Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias, atendiendo a los criterios de sostenibilidad, de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal. Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley». Una interpretación literal y sistemática podría salvar el primer apartado, en tanto garantía de salvaguarda —no de prestación directa— de un derecho subjetivo al abastecimiento suficiente de agua de calidad. De hecho se trata de una obligación de los poderes públicos respectivos con entronque directo con las previsiones legales en materia de régimen local sobre los servicios mínimos indispensables de abastecimiento a poblaciones de agua potable. Pero en ningún caso puede tener a mi juicio operatividad un derecho —de la ciudadanía valenciana— a la redistribución de aguas sobrantes de cuencas excedentarias, y paradójicamente por motivos de sostenibilidad ambiental, unidad de cuenca y sometimiento a reserva de ley de las posibles transferencias de recursos. No se trata solo de la vaguedad e indefinición de los conceptos, incompatibles con una atribución normativa de derechos, sino de la propia falta de garantías y mecanismos de exigibilidad de un derecho a las aguas sobrantes pertenecientes, se sobreentiende, a cuencas intercomunitarias. La prevalencia de la Constitución y de la legislación estatal impiden, precisamente, el surgimiento de un derecho al agua al margen de las previsiones y condicionamientos competenciales.

(63) Sobre el tema puede verse el estudio de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El derecho subjetivo al agua. Posibilidades del régimen concesional y de autorizaciones*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Agua y urbanismo*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2005.

(64) En este sentido es interesante, salvo alguna objeción evidente, el desarrollo normativo contenido en la inicial Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, cuyo art. 98 recogía acertadamente tres de las posibles manifestaciones o concreciones del derecho al agua: derecho y deber al disfrute y aprovechamiento del agua y a la utilización responsable y sostenible del recurso; derecho a la implantación de servicios adecuados de abastecimiento de agua potable y de saneamiento y depuración de las aguas residuales; y derecho —dudosamente «preferente», como disponía el precepto— al uso de los recursos hídricos de su territorio para consumo humano, desarrollo económico e industrial, agrícola y ganadero, así como para el sostenimiento medioambiental, y, más indeterminado aún, «para cualquier otro objetivo que forme parte del ámbito de sus intereses».

(65) GARCÍA MORALES, A. F. y CABO DE LA VEGA, A. de, «Principio de solidaridad y gestión del agua en España: hacia el derecho humano al agua», en VV. AA., *El Estado Autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, Colex-INAP, Madrid, 2005.

III. BASES COMUNITARIAS DE LA GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA FRENTE A LOS NUEVOS PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN ESTADU-TARIA

A poco que se medite sobre las reseñadas transformaciones «autonómicas» de nuestro Derecho de aguas, parece realmente difícil compaginar el espíritu y la motivación de tales formulaciones con los principios básicos establecidos por la Directiva marco sobre la gestión sostenible e integrada de las aguas continentales.

Efectivamente, la Directiva marco impone la asunción de un nuevo marco regulador de las aguas fundamentado en los principios de la prevalencia de su dimensión ambiental, planificación, ordenación y gestión sostenible e integrada y valorización efectiva del uso del recurso. Se trata, en el fondo, de la propia reconsideración de la política hidráulica, pasando de un modelo clásico basado en la oferta, en la ejecución de obra pública y en la disponibilidad de recursos hacia nuevas políticas integradas de control de las demandas y de garantía de la eficiencia del recurso (66). El Derecho comunitario se orienta claramente hacia nuevos esquemas conceptuales y operativos sobre una política y una cultura sostenibles del agua (67). Porque los recursos hídricos, globalmente considerados, son un bien común —en nuestro país, y desde una perspectiva estrictamente jurídica, un bien público de titularidad común y de gestión pública exorbitante—, un activo ecosocial, cuya preservación ambiental (garantía de calidad, reservas ecológicas, control integrado de la contaminación, etc.) impone restricciones evidentes a su aprovechamiento económico. La consecución de los objetivos medioambientales, que modifica incluso la propia organización (Demarcaciones Hidrográficas) (68) y planifica-

(66) Como señala AGUDO GONZÁLEZ, J., *La Directiva marco. La nueva cultura del agua y el imperativo de evolución de la política hidráulica española hacia un modelo de gestión sostenible*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas/Ente Público del Agua de la Región de Murcia, Madrid, 2007, p. 138, «no se trata tanto de escasez de agua real, como de insostenibilidad de determinadas pautas que se han institucionalizado al albur de casi dos siglos de política expansionista, derrochadora y “subvencionada”».

(67) Puede verse con carácter general, dentro del ya motorizado subsistema jurídico de ordenación de las aguas, el artículo de EMBID IRUJO, A., «Evolución del Derecho y de la política del agua en España», *Revista de Administración Pública*, 156, (2001), pp. 59-99.

(68) Como bien se ha resumido, ahora los Organismos de Cuenca, que proyectaban su competencia sobre la cuenca hidrográfica que, a su vez, determinaba el ámbito territorial de la planificación hidrológica, deberán adaptarse a la realidad de las demarcaciones hidrográficas: «La Directiva marco de aguas no ha hecho sino obligar a incorporar las demarcaciones hidrográficas y adecuar a ellas el ámbito de los planes hidrológicos y de los objetivos de calidad ambiental, rompiendo la tradicional identificación entre cuencas naturales, Organismos de cuenca, reparto competencial y planes hidrológicos», CASADO CASADO, L., *Principales repercusiones de la Directiva marco de aguas en el ordenamiento jurídico español*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 171.

ción del uso del agua (programas de medidas y programas de seguimiento), implica la subordinación del resto de variables y componentes de las políticas hidráulicas.

Además, la Directiva incorpora ya claramente una visión global e integrada de las aguas, superadora del anterior tratamiento parcial y sectorial, centrado más en los usos y aprovechamientos que en la naturaleza común del recurso. Como se ha dicho, la gestión sostenible del agua pasa precisamente por la implementación de este enfoque sistémico y holístico, desde la ordenación integral de los ecosistemas hídricos, permitiendo «*un mayor grado de racionalización y de coordinación de las diversas medidas que se adopten para mejorar la calidad del agua*» (69). La efectividad de la protección ambiental del recurso y la consecución de los objetivos medioambientales establecidos en la propia Directiva imponen la gestión integrada de las aguas, rompiendo la barrera jurídica interna diferenciadora de las aguas continentales y las aguas marítimas, aunque sin afectar, como señala el art. 1.2 TRLA a la calificación jurídica y a la legislación específica respectivas —ni tampoco al sistema interno de reparto de competencias sobre ambos tipos de bienes demaniales—.

Frente a estas pretensiones armonizadoras engastadas en la nueva Directiva marco, la situación actual de nuestro sistema jurídico-organizativo en materia de aguas viene marcada por una expresa conflictividad territorial, por una continuada indefinición de las cláusulas competenciales autonómicas y su inherente interpretación jurisprudencial y por una falta de integración de los títulos habilitantes implicados, entre ellos la protección ambiental del recurso, todo lo cual impide aseverar la predisposición interna para la recepción de los nuevos postulados ambientales comunitarios. La finalidad comunitaria de consecución de los objetivos medioambientales comunes impone, al contrario, una acción integrada y coherente en materia de gestión de usos y aprovechamientos y una vertebración —aparentemente material y competencial— entre las propias políticas hidráulicas y el resto de políticas, sectoriales o transversales, con incidencia sobre el uso y la disponibilidad del recurso (medio ambiente, urbanismo, agricultura, industria, etc.). Integración material de difícil compaginación con la distribución competencial formal en España y más en momentos

(69) CASADO CASADO, L., *Principales repercusiones de la Directiva marco de aguas en el ordenamiento jurídico español*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 163. Como bien esquematiza la autora a continuación, el principio de gestión integrada de las aguas se manifiesta no sólo en la extensión de su ámbito de aplicación a las aguas costeras y de transición, sino también por la incorporación de otros muchos elementos, tales como la integración de la gestión de aguas superficiales y subterráneas, de los aspectos cuantitativos y cualitativos, la combinación de valores límite de emisión y objetivos de calidad ambiental para afrontar la contaminación, y la existencia de una propia planificación integrada de la gestión de los recursos, así como por la integración de la protección del agua con otras políticas comunitarias.

de acentuación de las competencias exclusivas y de las funciones normativas en manos de las Comunidades Autónomas (70).

Las exigencias anteriores deben implantarse, además, en un marco reforzado de información y participación públicas. La Directiva impone la articulación interna de cauces de participación activa, en tanto garantía última de legitimidad del proceso de definición y gestión de la política del agua. Frente a las disputas políticas y territoriales, a los mecanismos institucionales, formalizados e inflexibles de información pública de los proyectos de actos o normas y la falta de transparencia en sede de cooperación interadministrativa y de procesos decisionales últimos, se impone una auténtica intensificación de la consulta y participación pública tanto desde el punto de vista orgánico (órganos consultivos) como procedimental [fundamentalmente en el proceso de elaboración, revisión y actualización de los planes hidrológicos (71)].

La realidad normativa tampoco es esperanzadora. Paralizado *de facto* el proyecto de reforma y refundición de la normativa básica estatal sobre aguas, sigue vigente el TRLA, con su parcheada, apresurada y asistemática reforma llevada a cabo por la Ley 62/2003, de 30 diciembre (72), parámetro de racionalidad insuficiente para dotar de coherencia a las actuales reformas estatutarias —y los posteriores desarrollos legislativos regionales— y al proceso, también en marcha, de modificación de los Planes Hidrológicos de Cuenca (73).

(70) Como se ha vuelto a poner de manifiesto, por ejemplo, con la STJUE de 7 de mayo de 2009, corrigiendo el proceso previo y obligando a España a delimitar de forma adecuada las distintas Demarcaciones Hidrográficas y a designar posteriormente a las autoridades competentes. La asunción parcial de este pronunciamiento se ha llevado a cabo mediante el reciente RD 29/2011, de 14 de enero, por el que se modifican el RD 125/2007, de 2 de febrero y el RD 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos.

(71) Para una acertada revisión de la situación actual en materia de planificación hidrológica, puede verse el estudio de FANLO LORAS, A., «Planificación hidrológica en España: Estado actual de un modelo a fortalecer», *Revista de Administración Pública*, 169, (2006), pp. 265-299.

(72) Una revisión crítica del procedimiento de implantación puede verse, entre otros muchos estudios, en MELLADO RUIZ, L., *Gestión sostenible del agua y evaluación de impacto ambiental de obras hidráulicas*, Comares, Granada, 2004 y CARO-PATÓN CARMONA, I., «La Directiva marco de aguas y su trasposición al Derecho español: análisis jurídico general», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9, (2006), especialmente p. 44 y ss.

(73) En el marco general del proceso (Estrategia de planificación 2007-2009), se está procediendo a la adaptación de los Planes de Cuenca a los requerimientos establecidos por la Directiva marco, sobre cuatro grandes ejes de actuación: elaboración del nuevo plan hidrológico, complemento con el programa de medidas de la Demarcación, realización de la evaluación ambiental estratégica y procedimientos de consulta y participación públicas. A comienzos del año 2011, y por tanto ya con un considerable retraso, había concluido en casi todas las Demarcaciones Hidrográficas la fase de consultas públicas (consultas previas de documentos iniciales de trabajo y consultas del Esquema Provisional de Temas Importantes), procediéndose a la elaboración final del Borrador de Plan Hidrológico respectivo y del Programa de Medidas, e igualmente en muchas se había procedido ya a

Igualmente, y como es sabido, se ha aprobado ya el nuevo Reglamento de la Planificación Hidrológica, a través del RD 907/2007, de 6 de julio, que sustituye, entre otras y fundamentalmente, a las disposiciones establecidas en el Título II del anterior Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (74), así como los Reales Decretos 125/2007 y 126/2007, de 2 de febrero, por los que se fijan los ámbitos territoriales de las demarcaciones hidrográficas —con cuencas intercomunitarias— y la composición, funcionamiento y atribuciones de los Comités de Autoridades Competentes de las Demarcaciones Hidrográficas con cuencas intercomunitarias —competencia del Estado—.

IV. PERSPECTIVAS DE ORDENACIÓN: PRINCIPIO DISPOSITIVO, SOLIDARIDAD Y GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA

De todo lo expuesto anteriormente puede llegarse a la conclusión de la delicada labor interna a la que se enfrenta España para la cohesión del proceso actual de reformas estatutarias y de fragmentación de la gestión del agua con los requerimientos fundamentalmente ambientales impuestos por las instituciones comunitarias. A la propia complejidad del reparto —no cerrado aún— de competencias, de la ambigüedad e indefinición de las cláusulas constitucionales y estatutarias y del propio anclaje del modelo organizativo (artificial) de gestión del agua con el modelo (institucional) de reparto del poder territorial, se unen ahora los procesos desaforados de fortalecimiento de las competencias hidráulicas de las Comunidades Autónomas (a través del desglose competencial, o de la pretendida creación de nuevos derechos, o de la modulación de las categorías generales de articulación ordinamental), desde una óptica autónoma, y la densificación conflictual política y del necesario esquema de relaciones interadministrativas, desde una óptica plural.

Además, se trata de una tensión recrudescida en un momento vital, en el que los plazos establecidos en la Directiva marco para la progresiva asunción

la tramitación de la necesaria evaluación ambiental estratégica del Plan. A título de ejemplo, por Resolución de 13 de diciembre de 2010 se ha sometido a consulta pública (por un período de seis meses) la Propuesta de Proyecto de Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir y el Informe de Sostenibilidad Ambiental. Para más detalles, puede consultarse NAVARRO CABALLERO, T. M. y FERNÁNDEZ CANO, M^o. A., «Informe sobre el estado de la planificación hidrológica en España», *Diario La Ley*, núm. 7366, de 22 de marzo de 2010.

(74) Entre los aspectos más destacados del nuevo Reglamento pueden citarse el desarrollo de las previsiones comunitarias sobre caracterización de las demarcaciones hidrográficas, el estado de las masas de agua, la definición de los objetivos medioambientales, las exenciones a las obligaciones y los programas de medidas, etc.

de sus previsiones empiezan a cumplirse, o han vencido ya (75). Las tensiones territoriales se entrecruzan ahora con el nuevo mapa hidrológico español, una vez delimitadas positivamente las Demarcaciones Hidrográficas integrantes de cuencas intercomunitarias. Y los enfrentamientos por el «poder» (político) sobre el agua oscurecen los imprescindibles —y también en marcha— mecanismos de participación pública dentro de los procedimientos de modificación de la planificación hidrológica- (76).

Un posible planteamiento de resolución teórico de estos conflictos debería pasar por la compaginación entre el principio dispositivo (autonómico), presente en la labor de reforma estatutaria, y los requerimientos superiores de garantía (partiendo del ineludible marco competencial) de la solidaridad interterritorial (como función primaria de los poderes públicos estatales) (77). Sólo una simbiosis de ambos elementos posibilitaría la auténtica implantación en España de los principios, elementos y líneas directrices del modelo de gestión integral y sostenible del agua (78). Y dado que en este modelo prevalece la visión ambiental

(75) Así por ejemplo, la Directiva marca la fecha del 22 de diciembre de 2008 como término para que los Estados miembros lleven a cabo la consulta pública de los borradores de los Planes Hidrológicos de Cuenca (art. 14), que en todo caso deberán estar aprobados para el año 2009, plazo, como se sabe, ampliamente superado hasta el momento.

(76) A través de la Resolución 48123/2008, de la Dirección General del Agua se procedió a la apertura efectiva del período de consulta pública del «Esquema Provisional de Temas Importantes» de cada una de las Demarcaciones Hidrográficas, con un plazo de 6 meses para la presentación de las alegaciones pertinentes. Este Documento técnico ha sido la etapa intermedia entre la delimitación de la Demarcación y el proyecto de Plan Hidrológico, debiendo proporcionar una visión general sobre las implicaciones probables de la Directiva marco sobre cada área hidrogeográfica.

(77) Sólo desde esta perspectiva podrá contrarrestarse el denunciado cambio de paradigma en el sistema constitucional de distribución del poder territorial contenido en la reseñada STC 247/2007, de 12 de diciembre. Porque el principio dispositivo y la, por lo demás evidente, desconstitucionalización de nuestro modelo competencial no pueden implicar una predeterminación refleja de los conceptos y técnicas constitucionales mediante la singularización competencial contenida en los nuevos Estatutos de Autonomía. Como se ha dicho, de la jurisprudencia constitucional parece extraerse la conclusión, o mejor la ratificación de un proceso ya vislumbrado, de que *«los Estatutos de Autonomía pasan a ser, nada más ni nada menos, que las normas determinantes del contenido y alcance de la totalidad de competencias del Estado, incluidas las que la Constitución le atribuye y reserva directa y expresamente, ya que ese contenido posible no tiene otro límite que el de no hacerlas irreconocibles»* (FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina ...*, op. cit., p. 72). Puede que estén confundiendo las construcciones de una visible «desconstitucionalización», como proceso abierto de integración y concreción plural del orden material constitucional, con la configuración formal, necesariamente abstracta, del propio sistema constitucional de cobertura. Pero en todo caso, y como se ha sostenido en el presente estudio, entiendo que la nueva STC 31/2010 ha venido a amortiguar o matizar estas críticas y consideraciones, no exentas de razón, hacia el proceso de «transformación» de nuestro sistema constitucional de reparto del poder político.

(78) Como ejemplo de fórmula integrada en este sentido, aunque de naturaleza meramente principal, puede verse el art. 10.7 del nuevo Estatuto andaluz, que recoge expresamente, dentro de los objetivos básicos de la Comunidad, la *«mejora de la calidad de vida de los andaluces y anda-*

del recurso, las perspectivas de ordenación jurídica de este grupo normativo habrán de orientarse claramente hacia el reforzamiento de los condicionantes y competencias de carácter medioambiental (79). Como se adelantaba al comienzo de este estudio, la obligatoria asunción del modelo de gestión sostenible de las aguas interiores puede contribuir a racionalizar el debate competencial en nuestro país desde la prevalencia de la dimensión ambiental de las aguas en casos de «*compatibilidad competencial*». Y no tanto por imperativos comunitarios (como se sabe, las Directivas han de respetar el principio de autonomía institucional y procesal interna, así como el respectivo sistema de reparto del poder público), sino por propias exigencias internas, normativas y jurisprudenciales, que poco a poco, empiezan a decantar el conflicto entre títulos competenciales concurrentes sobre el agua hacia posiciones y variables de corte netamente ambiental. Cabe recordar, así, y aún desde el reconocimiento de la imposibilidad de suplantación de competencias y de la garantía última de su reconocibilidad, la prevalencia de las competencias autonómicas sobre pesca fluvial frente a la competencia estatal sobre concesión de aprovechamientos hidroeléctricos supraautonómicos (STC 243/1993, de 15 de julio), o la obligación de coordinación entre las competencias estatales para la fijación de caudales ecológicos en cuencas intercomunitarias y las competencias autonómicas en materia de pesca fluvial y protección del ambiente natural (STC 123/2003, de 19 de junio), o, en fin, la importante compatibilidad entre las medidas autonómicas complementarias para la protección de los ecosistemas fluviales (traducidas tanto en funciones normativas como ejecutivas y de control previo de actividades) y las competencias estatales sobre policía demanial atribuidas a los Organismos de Cuenca —entendidas como producto de las atribuciones sobre legislación básica medioambiental— (STC 166/2000, de 15 de junio) (80).

luzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente, la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución, junto con el desarrollo de los equipamientos sociales, educativos, culturales y sanitarios, así como la dotación de infraestructuras modernas».

(79) En este sentido, al hilo del proceso de modificación de los planes hidrológicos en el seno de las nuevas Demarcaciones Hidrográficas, se han llevado también a cabo, por exigencias comunitarias, las acciones de evaluación ambiental estratégica de los instrumentos de planificación, como mecanismo de ponderación anticipada e integral de las posibles consecuencias ambientales de los mismos, así como de las posibles afecciones sobre otras planificaciones sectoriales.

(80) Este es el mecanismo, por lo demás, de articulación de las competencias estatales y autonómicas en materia de recursos piscícolas. Como se sabe, las Comunidades Autónomas pueden determinar los caudales ecológicos destinados a salvaguardar los recursos piscícolas objeto de pesca sin invadir las competencias estatales sobre el dominio público hidráulico en tanto complemento de las medidas básicas estatales, y fruto además del juego cruzado de títulos competenciales propios como es la competencia exclusiva sobre pesca fluvial (STC 15/1998, de 22 de enero). Para un mayor desarrollo de estos planteamientos, puede verse con provecho el estudio de CARBALLEIRA RIVERA, M^o. T., *El reparto competencial en materia de aguas*, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 295 y ss.

La regulación y gestión sostenibles del agua pasan, pues, por la instauración de mecanismos eficaces —moduladores de la idea de exclusividad (81)— de cooperación y coordinación interadministrativa. No hay que olvidar que el propio TRLA, en su art. 128, se refiere expresamente al deber de articulación de mecanismos de colaboración cuando del ejercicio de competencias concurrentes sobre el mismo medio físico se trata (82). Debe insistirse, pues, en la viabilidad —y en la propia visibilidad— de las técnicas de cooperación funcional y orgánica, de los mecanismos de participación anticipada autonómica —vía informes previos preceptivos— en los procesos decisionales estatales, de la articulación de procedimientos complejos de ordenación de las actividades privadas, de los deberes de intercambio de información entre Administraciones Públicas antes de la adopción de decisiones en materia de ordenación hídrica (como sucede, por ejemplo, en los casos de declaración de zonas protegidas por las CC. AA. respecto de los tramos de cuenca o masas de agua situadas en su ámbito territorial, aunque formen parte de una cuenca intercomunitaria), etc.

La defensa ambiental del agua exige, en definitiva, una acción integrada. La compatibilidad de este fin material con el esquema formal de reparto de competencias en nuestro Estado pasa, como hemos señalado, por la sustitución de las pretensiones de exclusividad por mecanismos de colaboración, normativa y ejecutiva, superando la paradójica atribución de competencias ejecutivas de protección ambiental en las cuencas intercomunitarias atribuida por el TC a los Organismos de cuenca estatales (STC 227/1988).

Es posible que esta «ambientalización» del Derecho de aguas conduzca a cerrar definitivamente el período de transición e inestabilidad denunciado hace años ya por la doctrina. La coherencia y tradición de nuestro sistema jurídico, inspirador de hecho de muchas de las figuras armonizadas ahora a nivel comunitario, pero desagregado en la actualidad por una nueva oleada de fiebre competencial y rencillas territoriales (lo que se ha llamado «*perversión funcional de los Estatutos de Autonomía*»), exige superar determinadas fórmulas obsoletas mediante la integración de los presupuestos ambientales consagrados

(81) «Quizás es momento de olvidar la obsesión por la titularidad competencial (aunque luego no se ejerza), y de abordar definitivamente uno de los principales déficits que ha manifestado nuestro complejo Estado autonómico: la instrumentalización efectiva y eficaz de mecanismos de participación, colaboración, coordinación e integración entre los niveles estatal y autonómico y entre las propias autonomías», GARRIDO CUENCA, N., *La reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, en ORTEGA ÁLVAREZ, L. (coord.), *La reforma del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 188.

(82) Así lo recuerda por ejemplo, CARBALLEIRA RIVERA, M^o. T., *El reparto competencial en materia de aguas*, op. cit., p. 296.

por la Directiva marco (83). Y desde este enfoque podrá contribuirse, por lo demás, a la consagración dentro de nuestro Derecho de aguas de los principios básicos de eficacia institucional, revalorización de la gestión (reconduciendo por ejemplo a los Organismos de Cuenca hacia funciones concretas de regulación o gestión de la calidad de las aguas) y potenciación de la participación efectiva de los usuarios y ciudadanos en la gestión de las aguas.

(83) Por ello, ya en el año 2001 señalaba el profesor EMBID IRUJO como ideas-fuerza del nuevo paradigma de ordenación de las aguas las siguientes: valor primordial del medio ambiente, de la conservación de los recursos, de la gestión de la demanda, de la utilización de medios económicos para la gestión de un recurso escaso, de la formación en nuevas tecnologías, de la necesidad de incrementar el gasto en investigación y desarrollo, en el ámbito del agua, etc., «Evolución del Derecho ...», *op. cit.*, p. 90.

¿ES APLICABLE EL EBEP AL PERSONAL LABORAL?: COMENTARIO AL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL 63/2010, DE 28 DE OCTUBRE^(*)

JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL ALCANCE SUBJETIVO DEL EBEP: LA DICO-TOMÍA FUNCIONARIO-LABORAL: 1. La filosofía del Estatuto Básico. 2. La normativa aplicable al personal laboral: A) Derechos de carácter individual. B) Derechos individuales ejercidos colectivamente. C) Deberes de los empleados públicos. D) Adquisición y pérdida de la relación de servicio. E) Ordenación de la actividad profesional. F) Situaciones del personal laboral. G) Régimen disciplinario.– III. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA REDUCCIÓN DE SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: 1. Los derechos retributivos en el EBEP. 2. La legitimidad de la medida adoptada por el Gobierno.– IV. CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN: El objeto de este trabajo es analizar el régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas tras la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público. Para ello, examinaremos cada uno de los campos de que se compone el sistema de empleo público, a fin de poder dilucidar el alcance subjetivo de nuestra normativa básica de función pública, en esta dicotomía funcionario-laboral que hasta la fecha considerábamos superada.

Palabras clave: Administración Pública; recursos humanos; Estatuto Básico del Empleado Público.

ABSTRACT: The subject of this paper is to analyse the working conditions of servants with a labour status in the Public Administrations after the entry into force of the Basic Statute of the Public Employee. To this end, look at each of the areas which make up the public employment system, in order to show the subjective scope of the basic regulation of civil service, in this differentiation between public servants and servants with a labour status so far considered overtaken.

Key words: Public Administration; human resources; Basic Statute of the Public Employee.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de enero de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de marzo de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 28 de octubre de 2010, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acordó, por unanimidad, elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que resuelva si la redacción de los artículos 22.4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, promovida por el artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, ha vulnerado el contenido esencial del derecho de libertad sindical (arts. 7 y 28.1 CE) en relación con el derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE). Y, del mismo modo, solicita al Alto Tribunal que resuelva si la Disposición Adicional 9ª del mencionado Real Decreto-Ley vulnera, además, el derecho de igualdad regulado en el art. 14 CE (1).

Sin embargo, más allá de lo acertado o no de la argumentación utilizada por la Audiencia Nacional para entender que han podido ser afectados el contenido de tales derechos; nuestra preocupación principal se centra en la idea de fondo que subyace en la interpretación jurídica y que tiene como consecuencia, a juicio del Tribunal, que la reducción de salarios de los empleados públicos operada por el Gobierno a través del citado Real Decreto-Ley no puede afectar al colectivo de trabajadores vinculados al sector público en virtud de un contrato de trabajo. En otras palabras, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se aplica «muy excepcionalmente» al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

(1) Como sabemos, este Auto de la Audiencia Nacional tiene su origen en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Entre las de medidas de ajuste adoptadas, en su art. 1 por el que se establece una nueva redacción a diversos artículos de la Ley de Presupuestos Generales para el año 2010, se establece la reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales.

Esta medida tiene, a su vez, la consecuencia inmediata, en virtud de las potestades concedidas por los artículos 36.2 párrafo segundo y 38.10 del EBEP a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, de suspender parcialmente las cláusulas de contenido retributivo contenidas en la Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009 y en el que se adopta, entre otras medidas, un incremento salarial del 0,3% para el año 2010 (recogido también en la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2010).

Precisamente es como consecuencia de la suspensión de este Acuerdo Gobierno-Sindicatos, y en especial en lo que se refiere a la fuerza vinculante de la negociación colectiva en el ámbito del personal laboral del sector público, cuando la Audiencia Nacional ya adelantaba, citando a las partes en su Providencia de 30 de septiembre de 2010, sus dudas sobre la constitucionalidad de la nueva redacción de la LPG de 2010 ya que podría afectar, como ha confirmado en este Auto, al contenido esencial del derecho a la libertad sindical en relación con el derecho de negociación colectiva así como también el derecho de igualdad; este último como consecuencia de la exclusión, contenida en el Real Decreto-Ley, de la reducción de salarios al personal laboral no directivo de determinadas empresas públicas.

En efecto, como señala en el Fundamento de Derecho Undécimo del controvertido Auto: «Previamente a la caracterización del contenido esencial de los derechos fundamentales en juego, queremos anticipar nuestra disconformidad con la tesis, defendida por el Abogado del Estado y asumida por el Ministerio Fiscal, según la cual la norma de aplicación prioritaria para el personal laboral en materia de negociación colectiva es la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprobó el Estatuto del Empleado Público, porque dicha afirmación es sencillamente incierta, ya que el artículo 32 del EBEP establece que «la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación», en concordancia con la regla general, contenida en el art. 7 EBEP, donde se dispone que «el personal laboral al servicio de las Administraciones Publicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan», pudiendo concluirse, por consiguiente, que las relaciones laborales entre las Administraciones publicas se rigen básicamente por la legislación laboral y por los convenios colectivos, salvo que el EBEP disponga su prioridad aplicativa, lo que sucede muy excepcionalmente en dicha norma legal» (2).

(2) Así, como argumenta la Audiencia Nacional, «aunque sea cierto que el personal funcionario y el personal laboral están obligados a negociar conjuntamente los incrementos retributivos globales que deben incluirse dada anualidad en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante un Acuerdo conjunto de los previstos en el art. 38 EBEP, no es menos cierto que dicho Acuerdo produce efectos jurídicos diferenciados para uno y otro colectivo, puesto que el Acuerdo suscrito conjuntamente, al igual que cualquier otro que, de conformidad con lo establecido en el art. 37, contenga materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrá la consideración y efectos previstos en el propio artículo 38 EBEP para los funcionarios, mientras que producirá los efectos del art. 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral, que son exactamente los mismos de cualquier otro convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en el art. 83, 3 ET, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38, 8 EBEP». Y añade que: «Puede concluirse, por tanto, que estamos ante dos regímenes de negociación colectiva totalmente diferentes, aunque tengan un rasgo común dominante, consistente en que funcionarios y laborales están sometidos a los incrementos de la masa salarial establecida anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, puesto que una vez concluidos los Acuerdos, que determinan los límites presupuestarios para cada año, para el personal laboral tendrán la consideración y efectos previstos por el art. 83 ET, que son los propios de los convenios colectivos, de manera que una vez aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado, los convenios colectivos que concluyan conforme a la misma, una vez aprobados por la CECIR, obligan a la Administración y a su personal laboral durante todo el tiempo de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82, 3 ET, siendo inaplicable lo dispuesto en el art. 38, 10 EBEP, así como la cláusula «rebus sic stantibus» por las razones ya expuestas, a diferencia del personal funcionario, que estará sometido, en su caso, por la aplicación del art. 38, 10 EBEP, cuando concurren las causas habilitantes para ello».

Consideramos, sigue diciendo, «por tanto, que la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de

Precisamente, esta afirmación de la Audiencia Nacional será el objeto central de nuestro análisis en el presente trabajo. No sólo porque consideremos «poco acertado» que la reducción de salarios no se pueda aplicar al personal laboral pero sí al personal funcionario de una misma organización sino porque además con esta fundamentación jurídica del Tribunal se está desvirtuando la filosofía y el espíritu del EBEP, a saber: Establecer unas reglas y principios comunes para todo el personal que presta sus servicios en la Administración Pública, con independencia del vínculo que les una a la organización, aunque respetando las lógicas diferenciaciones que, en uno y otro caso, deban establecerse como así viene señalando, además, la doctrina más especializada en la materia (SÁNCHEZ MORÓN, CASTILLO BLANCO, PALOMAR OLMEDA, SALA FRANCO, JIMÉNEZ ASENSIO, etc.) (3).

Por estas razones, a continuación procederemos a analizar hasta qué punto el EBEP es de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas. Para ello, examinaremos cada uno de los campos de que se compone el sistema de empleo público a fin de poder dilucidar el alcance subjetivo de nuestra normativa básica de función pública en esta dicotomía funcionario-laboral que hasta la fecha considerábamos superada y que, ahora, en cambio, la Audiencia Nacional ha venido a poner en tela de juicio.

septiembre de 2009, solo tiene relevancia, en su caso, para los funcionarios públicos, pero no para el personal laboral que suscribió convenios colectivos, regulados con arreglo al Título III ET, que fueron autorizados debidamente por la CECIR, puesto que los efectos, que podía producir dicho Acuerdo en materia retributiva para el personal laboral son los propios del art. 83 ET, que regula propiamente los denominados Acuerdos marco, que son propiamente «convenios para convenir» y se cumplieron plenamente al perfeccionarse la negociación colectiva después de la aprobación de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010».

(3) Para tener una visión de conjunto sobre el empleo público tras la aprobación del EBEP, sin ánimo de ser exhaustivo, pueden consultarse los siguientes trabajos: AA.VV: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007; *Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. La Ley-El Consultor, 2007; *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007; *Comentarios a la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008; *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008; *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas*, El boletín CEMICAL, 2008; *Manual de Empleo Público*, IUSTEL, Madrid, 2009; JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

II. EL ALCANCE SUBJETIVO DEL EBEP: LA DICOTOMÍA FUNCIONARIO-LABORAL

1. La filosofía del Estatuto Básico

Como señaló el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, si bien es cierto el hecho de que «en el personal de las Administraciones Públicas se integren tanto profesionales que son nombrados funcionarios como otros que tienen un contrato laboral», ello no puede hacernos olvidar que «unos y otros forman parte del empleo público, por el tipo de entidad para la que prestan sus servicios, y menos aun implica desconocer que el empleo público presenta características y comporta exigencias que lo diferencian del empleo en el sector privado». Es éste también, dice, «un axioma universal, aplicable incluso en aquellos países en que las relaciones de empleo público se han laboralizado sustancialmente. Puesto que el empleador público, esto es, la Administración, no es una empresa privada sino que tiene un estatuto constitucional diferente, puesto que su función —y por ende, la de su personal— es en todo caso la de servir con objetividad los intereses generales y puesto que sus empleados son retribuidos con fondos públicos, forzoso es deducir algunas consecuencias de régimen jurídico aplicables por igual a todos ellos» (4).

(4) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 19 y ss. De hecho, como señala el Informe, estas peculiaridades comunes del régimen jurídico del empleo público «se han venido reconociendo en buena parte por la legislación, a medida que se desarrollaba la dualidad de situaciones jurídicas mencionada, aunque siempre con cierto retraso.

Así, es claro hoy en día que cualquier empleado público debe ser seleccionado con observancia de los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad y en virtud de convocatorias públicas, pues la contratación laboral de una parte de ellos no puede ser una excusa para incumplir o relajar la aplicación de estos principios constitucionales.

Es evidente también en la actualidad que en la asignación de funciones y tareas o en el reconocimiento de categorías, retribuciones o derechos, ninguna autoridad o gestor público puede decidir de manera arbitraria, se dirija a personal funcionario o laboral.

Sin duda, la mayoría de los deberes que pesan sobre los funcionarios por su condición y por las funciones que realizan son también exigibles de los empleados públicos con contrato laboral que realizan funciones equivalentes, aunque no este así establecido legalmente de manera expresa. Unos y otros tienen ya en la legislación vigente un régimen común de incompatibilidades. Por igual se les aplican los derechos que reconocen las leyes en materia de prevención de riesgos en el trabajo y conciliación de la vida familiar y laboral, entre otras.

También en el caso de uno y otro grupo de empleados públicos y a efectos de la negociación colectiva de sus retribuciones deben respetarse los límites presupuestarios de contención del gasto público. No solo eso, sino que ha sido y es frecuente, a través de la negociación colectiva, una progresiva equiparación de las condiciones de empleo entre los funcionarios y contratados laborales al servicio de una misma Administración, en aspectos tales como categorías, niveles y promoción profesional, jornada y horario, vacaciones y permisos, derechos sociales, formación, régimen disciplinario y algunos otros.

Sin embargo, como aclara el Informe de la Comisión, no se «proponía unificar la relación estatutaria y la relación laboral de empleo público en un régimen único, sino que el EBEP incluyera unos mismos principios y valores esenciales para el conjunto de los profesionales y trabajadores del sector público y unos mismos derechos y deberes básicos asimismo comunes, sin perjuicio de las normas específicas aplicables al personal funcionario o al personal laboral que, justificadamente, proceda mantener» (5).

Desde este planteamiento, el EBEP reúne dos tipos de regulaciones en un solo texto legal. Por un lado, la legislación básica aplicable a la mayoría de los funcionarios públicos (6). Por otro, y por primera vez en nuestra historia, el propio EBEP determina cuáles son las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y, más concretamente, establece el contenido de muchas de ellas, las que les son peculiares o características (7). Así, la idea de elaborar un Estatuto «básico» para todos los empleados públicos constituye, pues, una de las líneas maestras o de los pilares en que se funda el EBEP.

En ese sentido, como señala la Exposición de Motivos del EBEP, «el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado». Por todo ello, «sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos,

Incluso se puede pensar que esta gradual equiparación de las condiciones de trabajo de los contratados laborales de las Administraciones Públicas a las de los funcionarios es una de las causas que explican la tendencia o preferencia de algunas de ellas por contratar la prestación de servicios y actividades públicas con empresas privadas».

(5) MAP: *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP-goberna, abril, 2005, pp. 19 y ss.

Estas especialidades, como señala CANTERO MARTÍNEZ (*El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 456 y ss.), «planteaban importantes problemas de legitimación. Todas ellas estaban siendo introducidas por obra de la jurisprudencia y, hasta el momento, sin ningún apoyo legislativo. Ello podía provocar un serio problema de compatibilidad con el principio de legalidad, que en este caso y tal como disponía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios de 1964, exigía que la Administración se sometiera íntegramente al Derecho Laboral cuando actuara como empresario y celebrara un contrato de trabajo. Por otro lado, y lo que podía resultar todavía más comprometido, estas especialidades estaban motivando la aparición de una relación de trabajo especial *parestatutaria* para el personal laboral de la Administración».

(6) Esta legislación básica es, conforme a nuestra tradición histórica y a las exigencias del artículo 103.3 de la CE (STC 99/1987, de 11 de junio), legislación administrativa, puesto que los funcionarios públicos tienen con la Administración un vínculo o relación de naturaleza estatutaria, regida por el Derecho administrativo (art. 9.1 EBEP).

(7) Estas normas peculiares, en buena medida de común aplicación a los funcionarios públicos, forman a su vez parte de la legislación laboral y, como tales, se aprueban por el legislador estatal en virtud de las competencias exclusivas que le atribuye el artículo 149.1.7.º de la Constitución.

conviene regular en el mismo texto legal que articula la legislación básica del Estado sobre la función pública aquellas peculiaridades de la relación laboral de empleo público». El Estatuto Básico contiene, pues, «también las normas que configuran esta relación laboral de empleo público, en virtud de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.7^o de la Constitución».

Se ha procedido, en palabras de SÁNCHEZ MORÓN, «a una muy profunda equiparación del régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos y al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. El criterio fundamental para alcanzar ese resultado ha sido extender al personal laboral principios y reglas tradicionalmente propios del personal funcionario y no tanto, a la inversa» (8).

De esta forma, los preceptos del EBEP se refieren en ocasiones a los empleados públicos en general, denominación que comprende a funcionarios

(8) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de aplicación», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 49.

En cualquier caso, como indica el autor, «la doble cualidad de normas de función pública y de legislación laboral que tienen al mismo tiempo muchos de los preceptos del EBEP acarrea consecuencias distintas a efectos del desarrollo y concreción de esos preceptos. En lo que se refiere a los funcionarios públicos, la legislación de desarrollo habrá de ser aprobada por las Cortes Generales (y, obviamente, por el Gobierno y otros órganos inferiores cuando se trate de reglamentos) o por las Comunidades Autónomas (leyes y reglamentos de función pública) en el ámbito de sus respectivas competencias.

En cambio, por lo que se refiere al personal laboral, en lo no regulado por el EBEP habrá de aplicarse la legislación laboral general, esto es, las acordadas en convenio colectivo. Debe destacarse que la legislación laboral es o debe ser, necesariamente, legislación del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.7.º de la Constitución, pues las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia en la materia. Sólo a través de los convenios colectivos que firmen con los representantes de sus empleados podrán las Comunidades Autónomas (y las Entidades Locales) participar en la adopción de normas (convencionales) que desarrollen el EBEP para el personal laboral.

En cuanto a la aplicación del EBEP en el tiempo, es preciso destacar que la disposición derogatoria única del EBEP establece qué disposiciones legales del Estado quedan expresamente derogadas Y, en virtud de la cláusula general derogatoria quedan también derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a él y, entre ellas, las autonómicas. Pero las que no entren en directa contradicción con sus preceptos siguen en vigor. Hasta aquí lo normal, tratándose el EBEP de una Ley básica y de contenido principal en muchos casos, que necesita de otras leyes y reglamentos de desarrollo para su efectiva aplicación. Ahora bien, el apartado 2 de la disposición final cuarta se cuida de precisar que las normas del EBEP sobre carrera profesional, promoción interna, evaluación del desempeño, derechos retributivos y estructuración del empleo público sólo «producirán efectos» a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Por tanto, en lo relativo a estas materias, las cosas seguirán igual mientras el Estado y las Comunidades Autónomas, para su respectiva Administración y para la Administración Local en el ámbito de sus competencias, no dicten la legislación de desarrollo. El EBEP tiene, en estas materias, un simple efecto diferido, pues sus mandatos sólo se dirigen al legislador de desarrollo».

y contratados laborales, otras veces se refieren *stricto sensu* a los funcionarios públicos y, por último, establecen en ocasiones reglas exclusivas para el personal laboral. De ahí, precisamente, que se utilice, el concepto genérico de «empleado público». Este concepto no supone la sustitución de los de funcionario y personal laboral sino que tiene un mero significado funcional, en la medida en que comprende el conjunto de quienes desarrollan su actividad profesional o laboral en el seno de las entidades públicas.

Prueba de ello, además, son las Instrucciones dictadas por el propio Ministerio de Administración Pública sobre la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración del Estado y sus organismos públicos, con fecha de 5 de junio de 2007, donde se establecen las normas del Estatuto aplicables al personal laboral (9). Y, posteriormente, ante la formulación de múltiples consultas por parte de las Entidades Locales sobre su aplicación en este nivel territorial, se han tenido que dictar también unos Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local (curiosamente sin fecha de publicación y sin la denominación de Instrucciones) donde también se incide sobre la aplicabilidad de la normativa básica a este colectivo de trabajadores del sector público (10).

(9) Véase en este sentido la RESOLUCIÓN de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las citadas Instrucciones.

(10) En el mismo sentido que las Instrucciones mencionadas, los Criterios por el MAP para la aplicación del EBEP en el ámbito local, establece las siguientes indicaciones: 1. Acceso al empleo público del personal laboral (artículos 57.4 y 61.7): La selección del personal laboral se rige por las normas del EBEP, con la siguiente peculiaridad: Los extranjeros con residencia legal en España pueden acceder al empleo público como personal laboral, en iguales condiciones que los españoles. Este principio está ya contemplado en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 412000, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; 2. Régimen disciplinario del personal laboral (artículos 93-98): El régimen disciplinario del Título VII del EBEP se aplica íntegramente al personal laboral. En lo no previsto en dicho Título se aplicará la legislación laboral; 3. Despido improcedente (artículo 96.2): Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido disciplinario acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave; 4. Provisión de puestos y movilidad (artículo 83): La provisión de puestos y la movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos aplicables y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera; 5. Situaciones del personal laboral (artículo 92): Los convenios colectivos podrán determinar que el Título VI «Situaciones administrativas» se aplique al personal incluido en sus respectivos ámbitos de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta otros documentos de interés publicados asimismo por el MAP a fin de esclarecer la correcta interpretación de los preceptos del EBEP y en los que se contienen también diversas referencias al personal laboral. Así, podemos encontrar el Informe de 13 de noviembre de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública sobre la aplicación del art. 48 de la Ley 7/2007, de 13 de abril que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; la Instrucción conjunta de 15 de noviembre de 2007 de las Secretarías Generales para la Administración Pública y de Presupuestos

Desde esta perspectiva, pues, y como apuntábamos en un inicio, es preciso que analicemos ahora cada uno de los campos que configuran el sistema de empleo público, especialmente en aquellos aspectos que presentan mayor incidencia en la materia que nos ocupa, para poder determinar así hasta qué punto es aplicable, efectivamente, las normas contenidas en el EBEP al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

2. La normativa aplicable al personal laboral

Como venimos señalando, y sin perjuicio de las distinciones que era necesario establecer para cada tipo de personal que presta sus servicios en la Administración Pública, ya fuere por razones objetivas o funcionales, el EBEP ha procedido a establecer un bloque común de normas para ambos tipos de personal en múltiples aspectos y favoreciendo, en otros, que la igualdad de las condiciones de empleo para profesionales de similar categoría y especialidad se alcance a través de la negociación colectiva. A través de dichas normas, en definitiva, la correcta interpretación del EBEP debe clarificar el régimen aplicable a los empleados públicos con contrato laboral allí donde todavía está confuso, sin perjuicio de remitirse al Estatuto de los Trabajadores (ET) y al resto de la normativa laboral común como legislación subsidiaria.

Por ello, y como podremos comprobar seguidamente, no logramos entender la afirmación vertida por la Audiencia Nacional en el controvertido Auto cuando señala que en base a la regla general contenida en el art.7 del EBEP, puede concluirse que «las relaciones laborales entre las Administraciones públicas se rigen básicamente por la legislación laboral y por los convenios colectivos, salvo que el EBEP disponga su prioridad aplicativa, lo que sucede muy excepcionalmente en dicha norma legal».

Y es que, en efecto, si bien es cierto que el EBEP, como no podía ser de otra forma, deja claro que las normas contenidas en el mismo no completan el régimen jurídico aplicable al personal al servicio de las Administraciones Públicas como se deduce de su art. 7; no es menos cierto que el propio Estatuto deja bien claro también desde el principio que su objetivo fundamental es, además de establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, el de determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1.1 y 2).

y Gastos sobre procedimiento de autorización de contratos de personal laboral y nombramiento de funcionarios interinos; o, por poner un último ejemplo, la relación de principales consultas sobre el EBEP que periódicamente resuelve la Dirección General de la Función Pública.

Así, pues, lejos de esa afirmación de la Audiencia Nacional, desde nuestro punto de vista y siguiendo en esta materia a SALA FRANCO, consideramos que la normativa aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas sería la siguiente (arts. 7 del EBEP y 3.1 del ET) (11):

- a) En primer lugar, las normas del EBEP y el resto de legislación de empleo público que no ha sido derogado por éste, tanto las generales referidas a todos los empleados públicos (personal funcionario y personal laboral), como las específicas referidas exclusivamente al personal laboral (12).
- b) En segundo lugar, la legislación laboral común, esto es, el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales concordantes.

(11) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral de empleo público», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 119.

En este punto hay que tener en cuenta, como señala el autor, el art. 2.1 referido al ámbito de aplicación del EBEP, cuando señala que «este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas», enumerando a continuación una serie de Administraciones y sectores públicos (Administración General del Estado —Civil, Militar y de Justicia—, Administraciones de las Comunidades autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla —incluyendo la Administración Sanitaria y Docente—, Administraciones de las Entidades Locales, Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependientes de «cualquiera de las administraciones Públicas» y Universidades Públicas) y dejando al margen a otros (Administraciones Legislativas de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas, Órganos Constitucionales del Estado y Organismos Estatutarios de las Comunidades Autónomas y Banco de España y Fondos de garantía de Depósitos en Entidades de Crédito), con lo que pudiera parecer que excluye del régimen jurídico de la nueva relación laboral especial al personal laboral de las Administraciones Públicas no enumeradas en el art. 2.1.

Sin embargo, a juicio del autor («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 118 y ss.), los arts. 1.2 y 7 del EBEP pueden y deben ser interpretados «en un sentido totalizador y comprensivo del personal laboral de todas las Administraciones Públicas, con inclusión del personal laboral que trabaje en esas Administraciones y sectores públicos no enumerados en el art. 2.1, dado que el art. 4, cuando habla del «personal con legislación específica propia», se refiere exclusivamente al personal funcionario y no laboral».

Tan sólo queda expresamente excluido por el EBEP, el personal laboral de la Sociedad estatal Correos y Telégrafos, que se regirá «por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables» (art. 5). Y, del mismo modo, el personal directivo que fuera personal laboral por así haberlo establecido las Leyes de Función Pública dictadas en desarrollo del EBEP, estará sometido al régimen aplicable a la relación laboral especial de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de alta dirección).

(12) En este sentido, como señala el autor, hay que tener presente que las disposiciones del EBEP relativas al personal laboral poseen naturaleza laboral, como señala la disposición final primera: «Las disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del art.149.1.7º de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral». Lo que significa que una Comunidad Autónoma no podrá regular esta relación laboral especial de su personal laboral al desarrollar el EBEP con su Ley de Función Pública Autonómica, dado el monopolio normativo exclusivo y excluyente del Estado en materia laboral.

- c) En tercer lugar, los convenios colectivos aplicables.
- d) En cuarto lugar, el contrato individual de trabajo y la costumbre local y profesional —añade el autor— con base en el art. 3.1 c) y d) del ET.

Este es, a nuestro juicio, el esquema a seguir en el sistema de fuentes aplicable al personal de las Administraciones Públicas que están unidos a ellas por un vínculo de naturaleza laboral (13). Ahora bien, el orden de prelación en este sistema de fuentes dará preferencia a un tipo de normas u otras (EBEP y régimen jurídico laboral) en función de la materia concreta ante la que nos encontremos; pero dejando bien claro, no obstante, que en todos los campos de que se compone el sistema de empleo público, la normativa común e inspiradora de todas las demás que la complementen o desarrollen será el propio Estatuto Básico (14). Resta, pues, demostrar la tesis que venimos manteniendo.

A) Derechos de carácter individual

Partiendo de la premisa que apuntábamos anteriormente, esto es, el EBEP utiliza el término «empleados públicos» para referirse genéricamente a funcionarios y laborales; otras veces se refiere exclusivamente a los funcionarios

(13) Hay que advertir, no obstante, que esta postura no es la que mantienen todos los autores. Así, para BOLTAJNA BOSCH (*El personal de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público*, CEMICAL, Estudios de Relaciones Laborales nº 5, Barcelona, 2010, pp. 20-21), «el operador jurídico deberá aproximarse al estudio del personal laboral a través de un conjunto normativo plural; en primer término, el propio EBEP —que podría considerarse como una norma «especial»— aunque con una extensión limitada; en segundo lugar, el conjunto de legislación laboral existente en España. En este último caso, no parece que el EBEP pretenda reconducir a tal legislación a un papel de supletoriedad —salvo supuestos específicos así determinados en algunos preceptos— sino que entiende que es una fuente primaria».

A partir de ello, a juicio del autor, «el EBEP introduce un tercer factor en este sistema: el reconocimiento claro y expreso de la negociación colectiva, en ocasiones con referencia expresa al «convenio colectivo» (así, artículo 83 EBEP) y otras a las «normas convencionalmente aplicables»».

Finamente, concluye, «aunque no aparece expresamente indicado en el título I del EBEP, también el contrato de trabajo juega un papel, que sin embargo en el ámbito público deberá ser mucho más reducido que en el privado, aunque no impide dificultades aplicativas debido a la ambivalencia de algunos preceptos, del que es buen ejemplo el artículo 27, al señalar que la «determinación» de aquella retribución —es decir, expresión más amplia que la simple estructura de conceptos— se realizará conforme a la legislación laboral, el convenio colectivo y el contrato de trabajo».

Desde este planteamiento, el autor realiza una tarea de aproximación para determinar en cada uno de los aspectos nucleares de la relación laboral, qué norma jurídica (EBEP, legislación laboral, contrato de trabajo o convenio colectivo) es aplicable a las diferentes instituciones que prevé el Estatuto básico y a cuyo trabajo nos remitimos para tener otras visiones del mismo problema.

(14) En el mismo sentido, se manifiesta también CANTERO MARTÍNEZ en su trabajo «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de la Administración Pública», en *Estatuto Básico del Empleado Público* (obra colectiva dirigida por Luis Ortega Álvarez), La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007.

públicos; y, por último, en ocasiones establece también reglas específicas para el personal laboral. Si realizamos una ojeada inicial al conjunto de la Ley, podemos apreciar hasta qué punto se ha extendido la aprobación de normas comunes.

Para empezar, el EBEP contempla un catálogo actualizado de derechos básicos, individuales y de ejercicio colectivo (artículos 14 y 15), que son comunes para todos los empleados públicos. Desde esta perspectiva, y conforme a la pretensión del EBEP de constituir un corpus único de derechos aplicables a todos los empleados públicos, cabe referirnos como señala CASTILLO BLANCO «a que el establecimiento de un listado único de derechos que sea común a los distintos tipos de empleados públicos, sólo resulta posible respecto de los derechos estrictamente que podríamos denominar como laborales, es decir, aquellos derechos que son perfectamente reconocibles y aplicables a cualquier trabajador, como son el derecho a la retribución, a las vacaciones y permisos, a la protección en el trabajo, a la seguridad social, etc» (15).

Lo cierto es que los derechos laborales de los empleados públicos, han encontrado hasta ahora una regulación formalmente diferente, es decir, en diferentes textos normativos (16). No obstante, ha existido una tendencia progresiva, en lo que se refiere a los derechos laborales de unos y otros colectivos, personal laboral y personal funcionario fundamentalmente, de tal forma que su contenido se ha ido aproximando y en numerosos sectores del empleo público puede decirse son prácticamente los mismos. Esa progresiva equiparación se ha realizado gracias a la admisión de procesos similares a los de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública y que han de alguna forma «laboralizado» el régimen jurídico de ésta.

Y junto a ello también se ha producido otra tendencia consistente en que la legislación más recientemente dictada, como son las normas para conciliación de la vida familiar y laboral o la de prevención de riesgos laborales, se aplican indistintamente a ambos colectivos sin distinción del régimen jurídico aplicable a su relación profesional.

Y lo cierto es también que hasta el momento de la aprobación del EBEP era un lugar común tanto en la jurisprudencia como en la propia doctrina

(15) CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos individuales de los empleados públicos», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 133 y ss.

(16) En efecto, el régimen aplicable a los funcionarios públicos recogía hasta estos momentos de manera dispersa y fragmentaria esos derechos que se encuentran en gran parte contenidos aún en el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Por su parte, y respecto del personal laboral al servicio del sector público, de acuerdo con el principio de la autonomía colectiva de las partes, esos derechos se concretan en los convenios colectivos amén de los mínimos que establece el Estatuto de los Trabajadores.

subrayar que, a diferencia de la relación contractual donde los derechos y deberes son negociados y fijados por las partes, en la relación de servicio que une al funcionario con la Administración los derechos y deberes tenían su origen en un acto condición (nombramiento del funcionario público) que colocaba a su destinatario en una situación legal y reglamentaria: el estatuto funcional (17).

Sin duda, como expresa CASTILLO BLANCO, «este planteamiento carecía de una lógica suficiente y mucho menos justificada, al menos en lo que se refiere al grueso de los derechos laborales, en el sector público donde convivían dos colectivos (personal laboral y funcionarios públicos) sujetos a un distinto régimen jurídico pero que no justificada por sí mismo dicha diferenciación en la mayoría de esos derechos. Precisamente por esta razón se habían producido dos consecuencias progresivas, como ya hemos señalado: de un lado, la equiparación a través de la negociación de ambos colectivos en numerosos sectores del empleo público; de otro, un tratamiento común a ambos colectivos en lo que se refería a condiciones laborales derivadas de la protección de bienes jurídicos que, como a título de ejemplo sucede con la conciliación de la vida familiar y laboral, no ameritaban distinción alguna» (18).

Todo este estado de cosas, llevaría a la Comisión a señalar que esta marcada tendencia a la unificación de los derechos básicos de todos los empleados públicos, debería recoger y consolidar el EBEP a través de un listado único de derechos, de aplicación general. Reflexión que no respondía sino a la propia orientación de la reforma dirigida más a establecer un marco uniforme para el empleo público que a consolidar diferencias que no resultasen suficientemente justificadas.

Desde esta perspectiva, pues, el art. 14 del EBEP establece que los «empleados públicos» tienen un conjunto de derechos de carácter individual «en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio» (19).

(17) La consecuencia inmediata era variada: la movieda construcción y articulación de los derechos adquiridos del funcionario frente al carácter de mínimos o básicos que podían ser mejorados negocialmente en el personal laboral y la eventual diferenciación en su contenido, de los distintos derechos aplicables a este tipo de personal.

(18) CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos individuales...», *op. cit.*, pp. 134 y ss.

Sin embargo, según hemos indicado, no parece que la citada conclusión sea aplicable en su integridad a todo tipo de derechos y algunos, como el derecho a la inamovilidad, han de ser matizados en atención, ahora sí, al régimen jurídico aplicable.

(19) De esta forma, se enumeran los siguientes derechos: a) A la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera; b) Al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional; c) A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación; d) A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio que procedan; e) A participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad

Como podemos comprobar, y con la única excepción lógica del derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera, el resto de derechos individuales contenidos en el EBEP son, en principio, de común aplicación para el personal laboral y funcionario.

Sin embargo, hay que tener muy presente también que el listado establecido en el artículo 14 del EBEP no agota los derechos reconocidos a los empleados públicos. De un lado, porque la propia legislación sectorial puede reconocer otros derechos que no se establecen en ese listado básico; de otro, porque nada impide, dado el carácter del EBEP, que la propia legislación de desarrollo de las distintas Administraciones Públicas pueda adicionalmente establecer otros derechos no establecidos expresamente en este listado; por último, porque, asimismo, y en forma paralela la negociación colectiva del personal laboral puede desarrollar el contenido mínimo y básico de estos derechos.

Conviene matizar, como venimos señalando, que cuando el EBEP entra a regular propiamente el contenido mínimo de estos derechos (Capítulos II, III y V de su Título III) se refiere en algunos casos exclusivamente a los funcionarios públicos (como es el derecho a la inamovilidad en su condición —que no en el puesto de trabajo—) y que el propio Estatuto regula más en concreto algunos de los derechos para los funcionarios públicos y sólo en menor medida para el personal laboral, remitiéndose ampliamente en cuanto a este último a la negociación colectiva, con algunos límites u orientaciones de principio.

No obstante, a pesar de que el EBEP no establezca una aplicación común plena sino más bien unas orientaciones sobre la normativa aplicable al personal laboral, ello no obsta a entender que el Estatuto Básico no sea la normativa prioritaria para este colectivo de trabajadores del sector público. Veamos por qué:

donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar; f) A la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos; g) A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales; h) Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral; i) A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; j) A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; k) A la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico; l) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, en los términos regulados en la Ley 35/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (art. 3.1); m) A las vacaciones, descansos, permisos y licencias; n) A la jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables; o) A las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación; p) A la libre asociación profesional; q) A los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, si bien es cierto que en el Capítulo II del Título III («Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño»), el art. 19.2 viene a establecer que la carrera profesional y la promoción del personal laboral «se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos». Hay que tener en cuenta, como señala SALA FRANCO, que «el ET nada dice en concreto acerca de la promoción profesional de los trabajadores, tratándose de una materia deslegalizada, por cuanto los arts. 23 (sobre promoción y formación profesional en el trabajo), 24 (sobre los ascensos) y 25 (sobre la promoción económica) se remiten a los convenios colectivos aplicables, a ellos habrá que estar en cuanto a la regulación de la carrera y promoción profesional del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas» (20).

Pero no hay que olvidar, del mismo modo, que el EBEP ha venido a establecer unas bases comunes para todos los empleados públicos que no impide la existencia de normas específicas que pueden desarrollar, en este punto, un modelo de carrera profesional singular para cada tipo de personal. Como no podía ser de otra forma, este nivel mínimo que alcanza el EBEP en la ordenación del derecho a la promoción profesional, que lo convierte en un derecho de configuración legal, se debe a su vinculación intrínseca con la carrera profesional y la promoción interna que son los medios a través de los que se desarrolla la progresión profesional. De lo contrario, una estructuración profusa de este derecho hubiera supuesto el establecimiento de un sistema de carrera profesional y de promoción interna que condicionaría la autonomía organizativa y de gestión de personal de las Administraciones públicas correspondientes a los tres niveles territoriales de nuestro país.

Así, pues, como señala VIDA FERNÁNDEZ, el Estatuto Básico «establece los fundamentos comunes de la ordenación de la carrera profesional y de la promoción interna para los empleados públicos en general en todos los ámbitos de todas las Administraciones públicas. Por lo tanto se unifica el tratamiento de la carrera profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas en general ya que se proyecta sobre todos los empleados públicos independientemente de que el vínculo de servicio con la Administración pública correspondiente sea de naturaleza funcionarial o laboral. Por lo tanto, se disponen unas bases comunes para la carrera profesional y la promoción interna para todos los empleados públicos en general, entendiéndose por éstos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas al

(20) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, p. 127. Por su parte, como señala el autor, los sistemas de evaluación del desempeño a que se refiere el art. 20 del EBEP «serán de aplicación también al personal laboral, dado que en todo momento el precepto se refiere a «los empleados públicos» y no solamente al personal funcionario de carrera (párrafos primero y tercero)».

servicio de los intereses generales, si bien dentro de ésta se restringe para los funcionarios de carrera y para el personal laboral que, a su vez, desarrollan su carrera profesional de forma diferenciada» (21).

En segundo lugar, y dejando a un lado los derechos retributivos (Capítulo III del Título III) que analizaremos en un apartado posterior ya que constituye la cuestión de fondo del controvertido Auto de la Audiencia Nacional, en cuanto al régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en el Capítulo V del EBEP y en la legislación laboral correspondiente (art.51). La lectura de este precepto no permite, a priori, una fácil interpretación sobre todo si tenemos que dilucidar cuál de las dos legislaciones prevalecerá cuando ambas no sean coincidentes o sean contradictorias (22).

Sin duda, como afirma CASTILLO BLANCO, «es esta materia una de las que configura uno de los ejes fundamentales en los que habría que considerar ha de basarse el contenido del Estatuto de los Empleados Públicos, al menos en lo que se refiere al régimen de condiciones de trabajo de éstos. La unificación de los derechos básicos de los empleados públicos debería haber tenido aún con carácter de mínimos, al menos desde nuestro punto de vista, un claro reflejo en esta materia. El EBEP, sin embargo, ha partido de consideraciones distintas aún cuando lo sea respecto de parte de los preceptos contenidos en el mismo» (23).

De entrada, y a nuestro juicio de forma no completamente satisfactoria, no establece una aplicabilidad común a todo tipo de personal, sino que establece una vaga fórmula respecto del personal laboral que no aclara exactamente el alcance de la normativa contenida en el EBEP. A ello habría que añadir que todos los preceptos establecidos en este Capítulo aclaran específicamente que se refieren a los funcionarios públicos (24).

(21) VIDA FERNÁNDEZ, J.: «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008, pp. 247 y ss.

(22) En este sentido, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 128), «si bien hay preceptos en el EBEP y en el ET reguladores de ciertas materias que coinciden sustancialmente (las vacaciones, por ejemplo), no sucede lo mismo con la regulación de otras materias (jornada laboral, descansos o permisos), lo que planteará sin duda en la práctica difíciles problemas interpretativos para cohesionar ambos preceptos, dado que, aparentemente al menos, las aplicaciones de la legislación funcional y laboral sobre estas materias es «acumulativa» y no «sucesiva» o de «mínimos» mejorables por la otra».

(23) CASTILLO BLANCO, F.: «Jornada, permisos y vacaciones», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 323 y ss.

(24) Por otra parte el EBEP, y según lo dispuesto en su artículo 47, remite a las Administraciones públicas la fijación de la jornada de trabajo de sus funcionarios públicos que podrá ser a tiempo completo o parcial, optando, a nuestro juicio en este caso con acierto, por considerar dicho aspecto como no básico según se desprende del artículo citado y, por ello, por partir de que la

No obstante, hay que tener en cuenta que justamente en esta materia, y dado el indudable acercamiento que en materia de negociación colectiva se está produciendo entre el empleo público y el que se desenvuelve en el sector privado, la participación de los funcionarios públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo, adquiere un importante papel ya que la misma se ha ido ampliando progresivamente.

Y es que, además, si como hemos subrayado, el esquema de jornadas y permisos contemplado en el EBEP sólo es aplicable a los funcionarios públicos, dado que el personal laboral según se dispone estará a lo dispuesto en este Capítulo y el resto a la legislación laboral correspondiente y, por ello, a la negociación colectiva, parecería del todo contraproducente con el propio objetivo del EBEP que los funcionarios públicos, respecto del personal laboral de la propia entidad, tuviesen un régimen de jornada, permisos y vacaciones distintos. Por eso parece que hay que afirmar que, en este ámbito, el papel de la legislación autonómica con respecto de estos funcionarios no puede agotar la materia normativa so pena de volver a posibilitar unas condiciones de trabajo distintas para el colectivo de personal laboral y funcional.

Por todo ello, parece que hay que interpretar tanto el artículo 47 al establecer respecto de la jornada que las Administraciones Públicas «establecerán» la jornada de trabajo y el artículo 48 cuando establece que las Administraciones Públicas «determinarán», no utilizando una remisión a la legislación de desarrollo del EBEP, sino utilizando tan sólo la expresión «legislación aplicable» que parece que hay que entender en sentido material y no formal (STC 39/182, de 30 de junio) (25).

fijación de horario es una potestad de autoorganización de la Administración, y de cada Administración hay que subrayar.

Del mismo modo, y en lo que se refiere a los permisos, establece un doble sistema: por una parte, de supletoriedad en el artículo 48 que determina, que lo establecido en el artículo 30 de la LMRFP —y con ello lo establecido en este aspecto por el resto de legislación autonómica— haya de considerarse vigente hasta tanto se establezca una nueva previsión ya que lo previsto en este artículo solo rige de forma supletoria y en defecto, por tanto, de legislación aplicable; en segundo lugar, de esta fórmula se excluye, por lo que hay que entender que será de inmediata aplicación tras la promulgación del EBEP, los permisos contemplados en el artículo 49 por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género.

Pero además otro punto de interés despierta la nueva regulación sobre los permisos, consiste, como ya hemos adelantado, en determinar si la regulación de jornadas, permisos y vacaciones requiere o no norma con rango de ley, ya sea ésta estatal o autonómica, lo que excluiría, en caso de ser exigida norma con rango de ley, la posibilidad de que las entidades locales pudiesen o no autodeterminarse en el marco del EBEP. O cabe, alternativamente, que cuando éste se refiere a la Administración pública competente podamos entender que éstas resultan habilitadas para su regulación previa negociación en su caso y en el marco, en su caso, de la legislación autonómica de aplicación.

(25) Con la interpretación referida, y a la vista de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria respecto del artículo 30 LMRFP, habría que considerar a éste vigente en el caso de las entidades locales

Así lo avala, por demás, el propio apartado m) del artículo 37 que establece como materia objeto de negociación jornada, permisos, vacaciones, etc., lo que, además, parece lógico sea objeto de la mesa común para todos los empleados públicos (26).

Prueba de todo ello es también la Sentencia de la propia Audiencia Nacional 14/2008, de 6 de marzo de 2008, cuando al plantear un problema de compatibilidad entre el derecho del padre a la suspensión del contrato de trabajo durante 13 días en caso de nacimiento de un hijo (art. 48 bis ET) y el derecho al permiso de paternidad de 15 días que otorga el art. 49.c) del EBEP, afirma que:

«Planteado en estos términos el debate, la primera premisa que se ofrece a la Sala es que ambas normas, la del Estatuto de los Trabajadores y la del Estatuto Básico del Empleado Público, regulan o parten el mismo supuesto de hecho: el nacimiento (acogimiento o adopción) de un hijo, para anudar a este acontecimiento un derecho de libranza por paternidad. Tras valorar esta situación de hecho, la Sala estima que la explicada concurrencia de normas debe resolverse atendiendo al principio de especialidad y, en su caso, al de la norma más favorable. Es incuestionable que el Estatuto de los Trabajadores tiene carácter general: constituye la regulación laboral básica, común a la generalidad de los contratos de trabajo; mientras que el Estatuto Básico del Empleado Público es una ley especial, que se aplica exclusivamente al personal

hasta tanto por éstas, y mediante el oportuno acuerdo, estableciesen como legislación aplicable lo oportuno en esta materia. En cualquier caso, sí hay que entender derogados en cuanto a se oponen al EBEP los correspondientes preceptos de la LRBRL y TRRL que remiten a la legislación autonómica y estatal la determinación de la jornada de trabajo y permisos ya que tanto el artículo 47 y 48 dejan bien claro que es a cada Administración Pública a quien corresponde determinar la jornada de trabajo y los supuestos de concesión de permisos, requisitos, efectos y duración.

(26) En materia de vacaciones simplemente apuntar como se expresa el MAP en el Boletín sobre las principales consultas planteadas en materia de RRHH, sigue vigente el artículo 68.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero en la redacción dada por el artículo 51 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. En consecuencia, «tendrán derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un total de 26 días hábiles por año natural». Del mismo modo, los calendarios laborales aprobados con anterioridad al 13 de mayo de 2007 continúan en vigor.

Respecto al tiempo de vacaciones tras excedencia por cuidado de hijos, una vez efectuada la reincorporación, tras haber disfrutado en todo o en parte el período de excedencia para el cuidado de familiares, sólo se tendrá derecho al tiempo de vacación proporcional al que se lleve de servicio activo desde el reingreso, de conformidad con lo establecido en los artículos 50 EBEP y 68 LFCE.

Finalmente, respecto de las licencias ninguna previsión contiene el EBEP. De todas formas, parece mantenerse su vigencia ya que el propio artículo 14 m) del EBEP reconoce como un derecho de los empleados públicos las vacaciones, descansos, permisos y licencias, incluida la licencia por razón de matrimonio.

al servicio de las Administraciones Públicas; y, como tal ley especial, no debe aplicarse de forma acumulativa o simultánea, sino con preferencia a lo que disponga la ley general sobre la materia, conforme al mencionado principio de especialidad».

Puede considerarse que, sigue diciendo, «el art. 48 bis del Estatuto de los Trabajadores establece una regulación de mínimos al reconocer al padre el derecho a una suspensión del contrato durante 13 días ininterrumpidos; pero no excluye, sino que deja expedita, la posibilidad de que por convenio colectivo o por otro instrumento normativo resulte mejorado o ampliado ese derecho, que es lo que ha venido a suceder en relación con los empleados públicos tras la promulgación de su estatuto básico».

B) Derechos individuales ejercidos colectivamente

El art.15 del EBEP establece, nuevamente, que los «empleados públicos» tienen los siguientes derechos individuales ejercidos colectivamente y, por tanto, de aplicación común también para el personal funcionario y laboral:

- a) A la libertad sindical.
- b) A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- c) Al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.
- d) Al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.
- e) Al de reunión, en los términos establecidos en el artículo 46 del EBEP.

Junto a este listado de derechos individuales ejercidos colectivamente habría que tener en cuenta, del mismo modo, el derecho de representación enumerado en el art. 31 del EBEP donde se establecen los principios generales de los derechos colectivos de los empleados públicos y que se concretiza, posteriormente, en los artículos sucesivos (Capítulo IV del Título III) (27).

(27) Del mismo modo, hay que señalar como pone de manifiesto SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 290) que de «estos derechos colectivos enumerados por el EBEP, tan solo vienen regulados específicamente en él los derechos de negociación colectiva, de representación, de participación, de planteamiento de conflictos colectivos y de reunión; los derechos fundamentales de libertad sindical (artículos 7 y 28.1 de la CE) y de huelga (artículo 28.2 de la CE) se regulan extramuros del EBEP, respectivamente, por la LOLS y por el RDLRT, interpretados por múltiples sentencias del Tribunal Constitucional».

En este punto, hay que tener muy presente la premisa establecida en el art.32 del EBEP según la cual el personal con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación.

Así, a la vista de lo establecido en este precepto y en especial en lo referente a la negociación colectiva que es precisamente el centro de atención del Auto de la Audiencia Nacional, es preciso realizar algunas consideraciones a tener en cuenta, siguiendo en este punto nuevamente a SALA FRANCO, para poder entender el alcance del EBEP sobre el personal laboral en esta materia (28):

a) En primer lugar, hay que partir de la base de que el fundamento constitucional y legal del derecho a la negociación colectiva del personal laboral y funcionario es muy distinto: por un lado, el art. 37.1 CE y el Título III del ET en el caso del personal laboral; y, por otro, para el caso de los funcionarios es «un derecho de configuración legal», teniendo su base antes en la LORAP y ahora en el EBEP, si bien una vez reconocido legalmente formará parte del «contenido adicional» del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, permitiendo su tutela por la vía del recurso de amparo (STC 80/2000, de 27 de marzo) (29).

(28) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, p. 290 y ss.

Por lo que se refiere al resto de derechos colectivos, sin llegar a profundizar en exceso ya que desbordaría el objeto central de nuestro trabajo, cabe señalar algunas consideraciones como señala este autor: «En primer lugar, respecto al derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el EBEP ha guardado silencio acerca de la existencia de unos eventuales procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos para el personal laboral de las Administraciones Públicas. Así, el art. 45 del EBEP se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos, excluyendo de los procedimientos en él previstos al personal laboral (siempre habla de «*pactos y acuerdos colectivos*» de funcionarios y nunca de «*convenios colectivos*» del personal laboral). En segundo lugar, por lo que se refiere al derecho de participación institucional del personal laboral y funcional, el EBEP deja la puerta abierta para que la legislación de desarrollo establezca los mecanismos de participación institucional, al referirse a ella en el artículo 31 (sobre los «*principios generales*»), y ha procedido a derogar los preceptos de la LMRFP y de la LORAP que regulaban el Consejo Superior de la Función Pública y los Consejos Autonómicos de Función Pública, (disposición derogatoria única), habiendo desaparecido como órganos de participación institucional de los sindicatos. En tercer lugar, en cuanto al derecho de representación en la empresa, el EBEP únicamente aborda la representación unitaria, respetando lo dispuesto en los artículos 8 y ss. de la LOLS para la representación sindical (secciones sindicales y delgados sindicales) donde la jurisprudencia (por todas, STS de 13 de marzo de 1991) persiste en negar la posibilidad de constituir secciones sindicales conjuntas de funcionarios-personal laboral y que el EBEP no ha querido regular. Finalmente, respecto al derecho de reunión, el EBEP ha seguido las recomendaciones de la Comisión de Expertos y ha optado por unificar el régimen jurídico del derecho de reunión de ambos tipos de personal en su artículo 46, inclinándose por aplicar a todos los empleados públicos el régimen funcional y no el laboral, por su modernidad y por estar pensado más para las Administraciones Públicas que el del Estatuto de los Trabajadores».

(29) Cabe recordar que los únicos empleados públicos que tienen excepcionados este derecho a la negociación colectiva son: los jueces, magistrados y fiscales; los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil; y, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con la salvedad de los Cuerpos de la Policía Local que sí tienen reconocido este derecho.

b) No obstante, a partir del EBEP, la negociación colectiva del personal laboral se regirá por las disposiciones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo IV del Título III del EBEP que expresamente les son de aplicación (artículo 32). Así pues, la negociación colectiva del personal laboral se regirá por lo dispuesto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (artículos 82 a 92), salvo en los aspectos siguientes, donde rige lo dispuesto por el EBEP, a saber:

- En lo relativo a las Mesas Generales de Negociación de las Administraciones Públicas (artículo 36), donde participará el personal laboral representado por las Organizaciones Sindicales legitimadas según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la LOLS.
- En las materias objeto de negociación y sus límites, donde será de aplicación lo dispuesto en el art. 37 del EBEP (aunque por el tenor literal del precepto parece más bien dirigido al personal funcionario y no deja clara su aplicabilidad al personal laboral) (30).
- En cuanto a los Pactos y Acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, aunque como señala el propio art.38.8 EBEP «la consideración y efectos» de los mismos para el personal laboral será la dispuesta en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Aunque no es menos cierto también que en el EBEP se han dejado sin regular aspectos importantes como la delimitación de las unidades de negociación posibles, la legitimación de las partes negociadoras y las especialidades

(30) Como señala el art. 37.1 del EBEP, serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas; b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño; e) Los planes de Previsión Social Complementaria; f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación; i) Los criterios generales de acción social; j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales; k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley; l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público; m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Un precepto, en suma, que parece haber sido redactado pensando en la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

del procedimiento de negociación (en especial, la fiscalización administrativa previa de los convenios colectivos para verificar el cumplimiento de los límites presupuestarios) (31). Y, más aún, hay una ausencia más significativa, a los efectos que aquí nos interesa. La de no recoger expresamente la facultad extraordinaria de modificación unilateral de lo pactado en un convenio colectivo de contenido plurianual que, para casos de grave perjuicio para el interés público se debería reconocer a los Gobiernos, en los mismos términos que para los funcionarios públicos establece el artículo 38.10 del EBEP.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que sobre este último punto ya apuntaba la Comisión de Expertos que «tendría poco sentido que la facultad extraordinaria o excepcional de modificación gubernativa de los Pactos y Acuerdos de la negociación colectiva de los funcionarios en caso de grave perjuicio sobrevenido para el interés público, no se aplicara por igual a los convenios colectivos de los empleados públicos, ya que el fin público que se trata de proteger con esa medida excepcional afecta al gasto de personal en su conjunto» (32). Y que por estas razones, recomendaba la inclusión de esta facultad sobre los convenios colectivos del sector público en el articulado del EBEP aunque finalmente el legislador no la ha recogido expresamente ya sea bien por errores en la redacción del texto legal o bien por otras motivaciones que, a nuestro juicio, carecen de buena lógica y justificación alguna.

Precisamente todas estas imprecisiones y la ausencia de voluntad por parte del legislador para haber abordado de una forma completa y sistemática la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas, son las que han motivado en la argumentación jurídica de la Audiencia Nacional a considerar que el EBEP no es de aplicación prioritaria para el personal laboral en esta materia. Así, lo podemos comprobar cuando afirma que:

«Los preceptos del Capítulo IV del EBEP, denominado «Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional.— Derecho de reunión», que afectan al personal laboral, se concretan en la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública (...) La naturaleza jurídica de estos acuerdos comunes ha sido estudiada reiteradamente por la jurisprudencia social y contencioso administrativa, sosteniéndose que no se correspondía con un convenio colectivo propiamente dicho, puesto que no era

(31) No obstante, no hay que perder de vista la perspectiva que late en el EBEP. Así, como señala su Exposición de Motivos, «la negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral, en los términos que contempla el presente Estatuto, habrá de contribuir finalmente a concretar las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración, como ya sucede en la actualidad».

(32) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 198-199.

posible la negociación conjunta de las condiciones de trabajo del personal funcionario y del personal laboral».

Así, sigue diciendo, «en la jurisprudencia laboral, por todas, STS 22-01-2007, RJ 2007\2782 y STS 12-06-2007, RJ 2007\7590, apoyándose en la jurisprudencia contencioso-administrativa, se sostuvo lo siguiente: «Como recuerda la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de fecha 5 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9210) (Rec.de Casación 74/2005): «La Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo ha declarado que no caben acuerdos mixtos de personal funcionario y laboral, y que los acuerdos que puedan aprobarse con este carácter son nulos...» (en el mismo sentido, la STS de 10 de febrero de 2009) (33).

(33) Así, como afirma la Audiencia Nacional, el EBEP «no ha sido ajeno a los precedentes legales y jurisprudenciales citados y aunque en sus artículos 36, 3 y 37, 1 EBEP obliga a negociar específicamente en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año, debiendo alcanzarse un acuerdo, conforme a lo dispuesto en el art. 38, 3 EBEP, veremos que se trata de un producto de la negociación colectiva peculiar, puesto que si los Acuerdos ratificados tratan sobre materias sometidas a reserva de Ley que, en consecuencia, solo pueden ser determinadas definitivamente por las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, su contenido carecerá de eficacia directa, si bien, en este supuesto, el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado, aunque cabe también que el Acuerdo no se ratifique, o se produzca una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, en cuyo caso se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes, lo que marca claramente la distancia entre la negociación colectiva laboral y la negociación colectiva funcional, que es precisamente una de las peculiaridades del ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios públicos prevista en el art. 28, 1 CE, que modula, de este modo, la libertad sindical de los mismos, pudiendo afirmarse que este tipo de acuerdo produce efectos jurídicos reales cuando lo pactado se refleja en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, lo que puede suceder o no, puesto que las Cortes no están vinculadas por el proyecto de ley remitido por el Gobierno».

Así pues, sigue diciendo, «este tipo de Acuerdos, condicionados por la distribución constitucional de competencias, establecida en el art. 33, 1 EBEP, según la cual los principios, a los que debe atenerse la negociación funcional, son los de legalidad y cobertura presupuestaria, de manera que, lo negociado en este tipo de acuerdos queda sometido al resultado del proyecto de ley correspondiente, lo que no depende de los negociadores sino del órgano legislativo, habiéndose introducido dos matizaciones por la doctrina científica:

a.- Los principios citados son predicables de la negociación de los funcionarios, así como de cualquier otro proceso de negociación colectiva, sujeto siempre a lo que se disponga en las normas de derecho necesario.

b.- Por consiguiente, corresponderá al órgano legislativo tomar decisiones que producirán efectos jurídicos, ya que la eficacia de los acuerdos no será la propia de los Acuerdos como tales, sino la que corresponda a las normas producidas por dicho órgano legislativo, por lo que estaremos

De esta forma, y siguiendo el tenor literal del EBEP, la Audiencia Nacional llega a afirmar también que: «Por consiguiente, aunque sea cierto que el personal funcionario y el personal laboral están obligados a negociar conjuntamente los incrementos retributivos globales que deben incluirse cada anualidad en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante un Acuerdo conjunto de los previstos en el art. 38 EBEP, no es menos cierto que dicho Acuerdo produce efectos jurídicos diferenciados para uno y otro colectivo, puesto que el Acuerdo suscrito conjuntamente, al igual que cualquier otro que, de conformidad con lo establecido en el art. 37, contenga materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrá la consideración y efectos previstos en el propio artículo 38 EBEP para los funcionarios, mientras que producirá los efectos del art. 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral, que son exactamente los mismos de cualquier otro convenio colectivo, a tenor con lo dispuesto en el art. 83.3 ET, de conformidad con lo dispuesto en el art. 38.8 EBEP».

Todo este estado de cosas, hace que, a juicio de la Audiencia Nacional, pueda concluirse que: «estamos ante dos regímenes de negociación colectiva totalmente diferentes, aunque tengan un rasgo común dominante, consistente en que funcionarios y laborales están sometidos a los incrementos de la masa salarial establecida anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, puesto que una vez concluidos los Acuerdos, que determinan los límites presupuestarios para cada año, para el personal laboral tendrán la consideración y efectos previstos por el art. 83 ET, que son los propios de los convenios colectivos, de manera que una vez aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado, los convenios colectivos que concluyan conforme a la misma, una vez aprobados por la CECIR, obligan a la Administración y a su personal laboral durante todo el tiempo de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 ET, siendo inaplicable lo dispuesto en el art. 38.10 EBEP, así como la cláusula «*rebus sic stantibus*» por las razones ya expuestas, a diferencia del personal funcionario, que estará sometido, en su caso, por la aplicación del art. 38.10 EBEP, cuando concurren las causas habilitantes para ello» (34).

ante una norma estatal en sentido amplio que obligara como tal y que se sujetara a las normas interpretativas y aplicativas propias de las mismas.

Estamos, por tanto, ante lo que se ha denominado «legislación negociada», pero no una auténtica negociación colectiva en sentido estricto, como no podría ser de otro modo, puesto que los acuerdos controvertidos no pueden vincular jurídicamente al órgano legislativo, lo que ya se había producido con la LORAP, donde lo único exigible era una obligación de negociación previa, en la que nada obligaba, a alcanzar acuerdos».

(34) Así, como señala la Audiencia Nacional: «...cuando el art. 38, 10 EBEP garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo que excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno

En suma, nos encontramos con una argumentación jurídica que si bien es cierto que no está carente de sentido teniendo en cuenta como el EBEP ha regulado el tema de la negociación colectiva de los empleados públicos; pero que, al mismo tiempo, consideramos que carece también de buena lógica si atendemos al resultado final de toda esta fundamentación que no es otra, pues, que la de entender que la reducción de salarios en el sector público no se puede aplicar al personal laboral pero sí al personal funcionario de una misma organización y que responde también a un mismo gasto público.

Sin embargo, no vamos a profundizar ahora sobre estos aspectos de política retributiva en materia de personal al servicio de la Administración Pública. Sobre ello hablaremos más adelante cuando abordemos el fondo del conflicto que aquí se presenta. En efecto, queda aún pendiente seguir demostrando la finalidad última de nuestro trabajo, como venimos manteniendo: el EBEP sí es la norma de aplicación prioritaria para el personal laboral de las organizaciones públicas. Sigamos, pues, analizando los diferentes campos que constituyen nuestro sistema de empleo público.

C) Deberes de los empleados públicos

Siguiendo, pues, con el hilo argumental de nuestro trabajo podemos afirmar aquí también que son principios y normas de aplicación común, para el personal funcionario y laboral, los que integran el Código de Conducta de los empleados públicos, pues carece de justificación que se impongan deberes

de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, introduciendo, de este modo, un mecanismo aplicativo de la denominada cláusula «*rebus sic stantibus*» en esta peculiar negociación colectiva de los funcionarios públicos, se está refiriendo exclusivamente a los Acuerdos de funcionarios, puesto que el apartado octavo del mismo artículo deja perfectamente claro que la consideración y efectos previstos en el art. 38 EBEP corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, mientras que para el personal laboral despliega los mismos efectos del art. 83 ET».

Dicha distinción, añade, «no es casual y tiene que ver con la fuerza vinculante de los convenios colectivos negociados conforme al Título III ET, siendo esta la razón por la que la jurisprudencia laboral ha negado sistemáticamente la aplicabilidad de la cláusula «*rebus sic stantibus*» para los convenios colectivos por la jurisprudencia laboral...» (por todas, STS 14-10-2008).

Considerando, por tanto, que «la suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, firmado el 25 de septiembre de 2009, sólo tiene relevancia, en su caso, para los funcionarios públicos, pero no para el personal laboral que suscribió convenios colectivos, regulados con arreglo al Título III ET, que fueron autorizados debidamente por la CECIR, puesto que los efectos, que podía producir dicho Acuerdo en materia retributiva para el personal laboral son los propios del art. 83 ET, que regula propiamente los denominados Acuerdos marco, que son propiamente «convenios para convenir» y se cumplieron plenamente al perfeccionarse la negociación colectiva después de la aprobación de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010».

éticos y de actuación diferentes en función del tipo de vínculo jurídico formal del personal.

Y es que, en efecto, si no parece lógico mantener que quienes sirven en la misma organización no pueden, por principio, tener obligaciones distintas y estar sujetos a distintas exigencias y responsabilidades por su incumplimiento; por todo ello, la Comisión de Expertos recomendó «una unificación del catálogo de deberes y obligaciones exigibles a todos los empleados públicos, cualquiera que fuese su régimen jurídico, admitiendo modulaciones en su intensidad de acuerdo con el tipo de prestación exigible».

A estos efectos, se consideró que «debía establecerse un listado único de los deberes básicos de todos los empleados públicos, aplicables tanto a los funcionarios públicos como a los contratados laborales, e inspirado en los mismos principios de ética y conducta, y optando, con ello, por un planteamiento más tradicional a la hora de establecer la estructura, que no el contenido, de los mismos» (35).

Sin embargo, la postura de la Comisión ha diferido de la finalmente plasmada en el EBEP. Desde el punto de vista de la Comisión, junto a establecer los principios éticos y de conducta que informasen la materia, era preciso un catálogo básico de deberes más concretos, actualizados y específicos referidos a la relación de servicio.

La perspectiva que late en el EBEP, aun no siendo sustancialmente diferente, es distinta pues parte, amén de sólo hablar de deberes en el título del artículo 52, de considerar que los deberes de los empleados públicos han de ser considerados su Código de Conducta que se configura por los principios éticos y de conducta, que se señalan en dos artículos sucesivos: dedicado uno, a los principios éticos, que más que configurar deberes específicos y completamente delimitados que también, establece líneas de buenas prácticas; mientras el segundo, dedicado a los principios de conducta, configura, ahora sí, un listado más tradicional de enumeración de los deberes básicos aunque no adopte tal denominación.

(35) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 200 y ss.

En este sentido, parte de una posición de principio y así alude a que, desde hace algunas décadas, el cambio de cultura administrativa, ahora centrada en la gestión de los servicios en beneficio del ciudadano, ha situado en lugar de mayor relieve la regulación de los deberes de los empleados públicos.

Y por ello tras constatar que, en el ámbito del empleo público, algunos países, de una tradición muy distinta a la nuestra y con una amplia intercambiabilidad entre el sector público y el privado, han codificado también los principios éticos como un catálogo de deberes deontológicos, estima la Comisión que, en países como el nuestro, los principios éticos se hacen presentes a través de la regulación legal de los deberes y obligaciones de los empleados públicos, cuya inobservancia tiene, por lo general, efectos disciplinarios.

Bien es cierto que, en ambos supuestos pero sobre todo en el primero, la utilización de cláusulas genéricas e indeterminadas, bien hasta cierto punto comprensibles con el objetivo que se persigue y que es propio de este tipo de Códigos, pueden ulteriormente plantear algunas dificultades adicionales, sin perjuicio del carácter informador que tienen para el régimen disciplinario y la tipificación de las conductas establecida en el mismo dado lo abierto de muchas de sus cláusulas (36).

De cualquier forma, lo que nos interesa aquí es que todos estos preceptos referidos a las obligaciones del personal al servicio de la Administración Pública tienen una aplicación plena y común para todos los empleados públicos con independencia del vínculo jurídico que les une a la organización.

D) Adquisición y pérdida de la relación de servicio

En primer lugar, por lo que se refiere al acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio (Capítulo I del Título IV del EBEP), cabe señalar que pese a la denominación de este título indicativa más bien, como señala SALA FRANCO, de que «la regulación en él contenida es de aplicación exclusiva a los funcionarios públicos, la mayor parte de los artículos del Capítulo I, referidos al «acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio», resultan de aplicación también al personal laboral de las Administraciones Públicas» (37).

(36) De hecho en el iter parlamentario el artículo 52 del EBEP ha sido completado con un último inciso que establece que «Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos».

(37) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 123 y ss.

Esto sucede, como señala el autor, con: «a) El art. 55, sobre los «principios rectores» en la selección de personal: principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica, adecuación entre proceso selectivo y funciones a desempeñar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad; b) El art. 56, sobre los requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos: nacionalidad española, capacidad funcional, edad mínima (16 años) y máxima (jubilación forzosa), no haber sido separado del servicio ni hallarse inhabilitado y titulación; c) El art. 59, sobre acceso al empleo público de las personas con discapacidad y cupos mínimos de las vacantes en las ofertas de empleo público; d) El art. 60, sobre los órganos de selección».

Ello no obstante, como matiza el autor, «existen algunos preceptos que establecen diferencias de régimen jurídico entre los funcionarios y el personal laboral. En este sentido, cabría reseñar: a) El art. 57.5, según el cual «los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles. En este precepto se establece la equiparación absoluta entre extranjero y nacional a efectos del acceso a puestos de personal laboral, mientras la equiparación no es absoluta respecto de los puestos funcionariales, por cuanto quedan excepcionados de la misma «aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses

En efecto, y como no podía ser de otra forma amén de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE), en este punto la Comisión de Expertos también consideró que «el EBEP debía contener una regulación general del acceso al empleo público, tanto por lo que se refiere al personal funcionario como al personal laboral, aunque con la suficiente flexibilidad que permita también potenciar las innovaciones ensayadas con éxito en otros ámbitos que resulten más adecuadas en cada caso» (38).

Desde este planteamiento, podemos afirmar que la regulación contenida en el EBEP, también en este punto, sólo ha recogido en parte las recomendaciones de la Comisión. Sí lo ha hecho por lo que respecta al ámbito de aplicación subjetiva de estos preceptos, abarcando por tanto al personal funcionario y personal laboral; aunque, desde nuestro punto de vista, en algunos puntos esenciales (y más controvertidos) como los órganos de selección hay ausencias significativas, apreciándose también un déficit por lo que a los sistemas selectivos se refiere teniendo en cuenta, especialmente, la urgente necesidad de modernización de los mismos (39).

Sin embargo, sin entrar en estos déficit del EBEP que exceden el objeto central de nuestro trabajo, sí que es también plausible el hecho de que la disposición adicional primera del EBEP amplía el ámbito de aplicación y se aplica al personal de las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2, esto es, a las entidades del sector público empresarial y fundacional, los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54 (deberes de los empleados públicos) 55 (principios rectores del acceso al empleo público aunque no las demás reglas de detalle) y 59 (reserva de vacantes para personas con discapacidad).

del Estado o de las Administraciones Públicas», siendo así que estos puestos necesariamente han de ser funcionariales, según el art. 9.2 del EBEP; b) El art. 61.7 se refiere específicamente al personal laboral para indicar que los sistemas selectivos del personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos, mientras que los sistemas selectivos del personal funcionario de carrera serán los de oposición y concurso-oposición y sólo excepcionalmente, en virtud de ley, el concurso de valoración de méritos».

(38) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 89-102.

(39) En este sentido, como señala FÉREZ FERNÁNDEZ («El acceso al empleo público y la selección», en la obra colectiva *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas*, El boletín CEMICAL, 2008, pp. 19-20), el EBEP «aporta pocas novedades de fondo en cuanto al acceso al empleo público, aunque abre la puerta a que la normativa de desarrollo introduzca cambios importantes. En el aspecto formal, el EBEP eleva a la categoría de norma básica determinados temas que hasta ahora estaban regulados de manera poco sistemática y fragmentaria en normas mayoritariamente reglamentarias. Todo ello nos obliga a reflexionar sobre los cambios a introducir para corregir las deficiencias del actual modelo y proceder a su renovación, especialmente desde la perspectiva de la gestión, porque el verdadero agujero negro lo solemos tener a la hora de la puesta en práctica, sobre todo en el ámbito local».

La cuestión tiene gran importancia, como señala SÁNCHEZ MORÓN, «pues es de prever que la creación de este tipo de sociedades y fundaciones en mano pública siga en aumento. Más aún, una de las razones por las que se ha venido produciendo la huida del Derecho público y la preferencia por fórmulas características de la empresa privada es, justamente, la mayor flexibilidad del régimen de personal».

De esta forma, sigue diciendo el autor, «al menos su personal deberá seleccionarse conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, publicidad y transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, se aplicarán medidas de discriminación positiva a favor de las personas con discapacidad y los empleados deberán conocer que están sujetos a un Código de conducta, puesto que forman parte del sector público» (40).

En segundo lugar, y por lo que respecta a la pérdida de la relación de servicio, a simple vista parece claro también que el EBEP en este punto está haciendo referencia exclusiva a los funcionarios públicos. Y, por tanto, ante la ausencia de referencia alguna a la extinción del vínculo que une al personal laboral con la Administración Pública parece, pues, que el EBEP en esta materia se remite directamente a la legislación laboral (arts. 49 y siguientes del ET).

Sin embargo, como apunta SALA FRANCO, «antes y después del EBEP, habrá que tener en cuenta el juego asociativo de los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito (arts. 22.3 y 103 CE: sería indiferente contratar a un trabajador en cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad si, al instante, pudiera la Administración despedirlo sin causa justificada alguna) y de la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» y, entre ellos, las Administraciones Públicas con sus empleados (art.9.3 CE)».

Lo que, a juicio del autor, «exige la supresión del despido improcedente y su sustitución en todos los casos de despido injustificado por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador en todo caso» (41). Por lo que,

(40) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito...», *op. cit.*, p. 79.

(41) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 125.

En este sentido, como señala el autor, «este silencio del EBEP no impedirá, desde luego, que la jurisprudencia de los tribunales, en aplicación de los principios constitucionales señalados, suprima el despido improcedente y lo sustituya en todo caso por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador despedido sin causa justificada».

Lo que no acaba de entenderse en este sentido, sigue diciendo, «y resulta por ello altamente criticable, es que esta disposición se reserve únicamente: 1) Para el personal laboral fijo, excluyendo aparentemente al personal laboral temporal, discriminando injustificadamente a este último por razón de la duración de su contrato; 2) Para el despido disciplinario, olvidando la existencia de «otras

en consecuencia, habrá que tener en cuenta la novedad introducida en este extremo por el EBEP en el art. 96.2 sobre la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido (42).

La razón de esta interpretación es sencilla. Como expresó la Comisión de Expertos, la Administración Pública «no es un empresario privado sino que tiene una estatus constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. No se aviene a esta premisa la facultad de despedir cuando no existe causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede volatizar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, pues bastaría despedir al seleccionado en función de estos principios sin causa legal para burlar esa garantía» (43).

E) Ordenación de la actividad profesional

Como sabemos, esta materia está regulada por el EBEP en el Título V de su articulado. Dedicando tres capítulos, el primero relativo a la planificación de recursos humanos (arts. 69 a 71); el segundo sobre la estructuración del empleo público (arts. 72 a 77; y, finalmente, un tercero dedicado a la provisión de puestos de trabajo y movilidad (arts. 78 a 84).

De esta forma, y siguiendo el esquema establecido por el EBEP, de la literalidad de los preceptos que regulan estas materias podemos extraer una primera conclusión relativa a que todo lo referente a la planificación de recursos humanos ya sea bien los objetivos e instrumentos de planificación, bien la oferta de empleo público, o bien todo lo relativo a los registros de personal y la gestión integrada de recursos humanos son de aplicación común, como

decisiones empresariales extintivas» declarables igualmente «improcedentes» (así, por ejemplo, una extinción por causas objetivas «ex artículo 52 del ET»).

Este silencio por parte del EBEP no debe, a juicio del autor, «impedir que la jurisprudencia de los tribunales, en aplicación de los principios constitucionales señalados, suprima el despido improcedente y lo sustituya en todos los casos por el despido nulo con readmisión obligatoria del trabajador despedido sin causa justificada».

(42) Sin embargo, no parece que la jurisprudencia de nuestros tribunales vaya por esa línea. Así, como destaca BOLTAINA BOSCH (*El personal laboral...*, op. cit., p. 20), la muy significativa «STS 2-2-2009 plantea el conflicto entre el art. 96.2 del EBEP, que prevé la readmisión obligatoria del trabajador despedido disciplinariamente de forma improcedente, y una previsión distinta del CCPL (convenio colectivo del personal laboral) aplicable al caso (Ayuntamiento de Galdar, Canarias), concluyendo que la regla del EBEP «de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el art. 7 de esa ley a la legislación laboral en general». Es un criterio asumido también por la STSJ Galicia de 27-10-2009».

(43) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 137 y ss.

no podía ser de otra forma, para ambos colectivos de trabajadores del sector público.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la estructuración del empleo público, el EBEP establece una regulación común y una exclusiva para los funcionarios públicos. Son de aplicación común tanto las normas relativas al desempeño y agrupación de puestos de trabajo como las referidas a la ordenación de los puestos de trabajo. En cambio, en materia de clasificación profesional, como deja bien claro el art. 77 del EBEP, la legislación laboral será la normativa prioritaria para la clasificación del personal laboral y, por tanto, habrá que estar a lo establecido en el 22.1 del ET de conformidad con los convenios colectivos que sean de aplicación.

Por su parte, en materia de provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral, el EBEP se sitúa como norma subsidiaria de lo que establezcan los convenios colectivos aplicables como así establece el art. 83 del EBEP con la excepción de la movilidad por razón de violencia de género en la que como consecuencia de la legislación que en los últimos años se ha venido aprobando sobre esta materia, sí se establece una aplicación común para todos los empleados públicos (44).

En este punto, puesto que el EBEP se remite únicamente a los convenios colectivos que sean de aplicación y no a la legislación laboral, se plantea la duda interpretativa, como plantea SALA FRANCO, «de si lo dispuesto en los arts. 39 y 40 del ET, sobre movilidad funcional y movilidad geográfica de los trabajadores, resulta no obstante de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas (debido, sobre todo, a su carácter mínimo imperativo cara a la negociación colectiva) o si, por el contrario, tal como se deduce de una interpretación literal del EBEP, en caso de ausencia de regulación convencional, será de aplicación tal cual los arts. 78 a 84 del EBEP y no el ET» (45).

En nuestra opinión, y si seguimos el criterio establecido por la propia jurisprudencia de la Audiencia Nacional cuando se han planteado dudas interpretativas sobre la aplicación preferente entre el EBEP y el ET, el conflicto tendría que resolverse atendiendo al principio de especialidad. Así, conforme a este principio, teniendo en cuenta que el EBEP es una ley especial que se aplica exclusivamente al personal laboral al servicio de la Administración Pública; tendría que tener una aplicación preferente a lo que establezca la

(44) De esta forma, la Orden APU 536/2005 que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 por el que se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado se inicia el desarrollo reglamentario de la L.O 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el seno de las Administraciones Públicas que ahora tiene su definitiva plasmación en el EBEP.

(45) SALA FRANCO, T.: «El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 126.

ley general (ET) sobre este colectivo de trabajadores en esta materia (SAN 14/2008, de 6 de marzo).

F) Situaciones del personal laboral

Por lo que respecta a las situaciones del personal laboral, el EBEP establece que la regulación a seguir será la establecida en el ET y los convenios colectivos aplicables sobre esta materia. No obstante, deja la puerta abierta a que los convenios colectivos puedan determinar la aplicación del Título VI del EBEP (situaciones administrativas de los funcionarios públicos) en lo que resulte compatible con el ET (46).

Como podemos comprobar, el EBEP aunque no con la fuerza decisoria que esperábamos, ha establecido una pretensión unificadora en esta materia. Desde nuestro punto de vista, nada impedía pues, más bien al contrario, extender el régimen de situaciones administrativas establecidas para los funcionarios públicos al personal laboral.

De esta forma, como señala CASTILLO BLANCO, «tan sólo se ha previsto tal posibilidad a modo de directriz o norma directiva, a diferencia de otros sectores de regulación, lo que lleva a mantener en una materia que responde —como ocurre con los derechos y deberes de los funcionarios públicos— a la mayor o menor homogeneidad de las condiciones de trabajo unas diferencias que quedarán salvadas o no dependiendo de la negociación colectiva que acontezca en los distintos ámbitos y unidades de negociación».

En este punto, pues, como sigue diciendo el autor, «se pierde una oportunidad para equiparar las condiciones de trabajo, en términos de igualdad de derechos, entre los distintos colectivos de empleados públicos sin que se acierte a ver cuáles son las ventajas añadidas a dicha solución salvo la de salvaguardar un espacio a la negociación colectiva que, como decimos, había seguido una tendencia a la asimilación» (47).

(46) En este sentido, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, pp. 126), «si se tiene en cuenta que el ET no regula precisamente verdaderas y propias situaciones del personal laboral (paralelas a las situaciones administrativas de los funcionarios públicos) sino, más bien, “situaciones suspensivas” del contrato de trabajo por una serie de causas tasadas legalmente, difícilmente se van a producir “compatibilidades” entre una y otra legislación por su falta de “homologabilidad”».

(47) CASTILLO BLANCO, F.: «Las situaciones administrativas de los empleados públicos», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 509 y ss.

Radicalmente diferente en este punto eran las propuestas formuladas por la Comisión que, no carente de razones, razonaba a este respecto que no existían razones sustantivas para mantener formalmente separados los regímenes estatutario y laboral en esta materia, ya que las circunstancias, contingencias o avatares de la relación profesional que justifican la previsión de situaciones adminis-

G) Régimen disciplinario

Finalmente, en materia disciplinaria, el EBEP nuevamente unifica el régimen básico aplicable al personal funcionario y laboral, con escasas diferencias, en particular, la distinción entre separación del servicio para unos y el despido disciplinario para otros, lógicas por lo demás.

No obstante, conviene precisar qué alcance tiene la unificación del régimen disciplinario aplicable al personal funcionario y al personal laboral que ahora se produce. Esta unificación es prácticamente total en lo que se refiere a las normas sustantivas contenidas en el EBEP, con la diferencia que ya hemos apuntado de la separación del servicio de los funcionarios y al despido de los empleados laborales, que queda sustancialmente revisado (48).

Pero, como señala SÁNCHEZ MORÓN, «no podía extenderse a toda la legislación de desarrollo, por la sencilla razón de que la distribución de competencias legislativas entre Estado y Comunidades Autónomas no es la misma en materia de funcionarios públicos y en materia laboral. Al tratar este problema, la redacción del EBEP incurre en algunas confusiones, que deben ser objeto de interpretación conforme al orden constitucional de competencias» (49).

Así, conforme a este criterio, diversos preceptos del Título VII remiten su desarrollo, en lo que respecta al personal laboral, a lo que se determine en los convenios colectivos. De esta forma, el artículo 94.2.a) remite la determinación de las faltas y sanciones, en cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, a los convenios colectivos. Lo mismo el artículo 95.3 por lo que se refiere a las faltas graves, pero no, en el artículo 95.4, en lo que respecta a las faltas leves, que se determinarán por las «Leyes de Función Pública» que se dicten en su desarrollo aunque lógicamente habrá que interpretar esta

trativas pueden afectar por igual y en los mismos términos exactamente a unos y otros empleados. La relación laboral especial de empleo público debe integrar, por tanto, el régimen de situaciones administrativas previsto para los funcionarios públicos.

(48) Es de resaltar, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 129), «lo dispuesto en el art. 96.2 del EBEP, cuando establece que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave», ya que, si bien no llega a calificar nulo al despido improcedente del personal laboral de las Administraciones Públicas por contrariar el principio de igualdad de acceso a la función pública de los arts. 23.2 y 103 CE, establece los efectos propios del despido nulo, esto es, la readmisión del trabajador».

Lo que no acaba de entenderse, sigue diciendo el autor, «es que esta disposición se reserve únicamente para el «personal laboral fijo», excluyendo aparentemente al «personal laboral temporal», discriminando injustificadamente a este último por razón de la duración de su contrato».

(49) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Régimen disciplinario», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 537 y ss.

remisión a lo que establezcan los convenios colectivos para salvar este error en la redacción del EBEP (50).

Por lo que se refiere al procedimiento sancionador, nada en concreto se dice sobre las normas de desarrollo del EBEP, que, curiosamente también, alude en algunos párrafos del artículo 98 sólo a los funcionarios. Ello, no obstante, no impide que acudamos a la regla general del art. 93.4 según la cual el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto por el EBEP, por la legislación laboral.

En suma, podemos afirmar nuevamente que con el EBEP se ha logrado recoger unos principios generales, en este caso del régimen disciplinario, aplicables para todos los empleados públicos, salvando las distancias y las incongruencias que la legislación básica aplicable a unos y otros generaban en el régimen jurídico anterior (51).

Por todo ello aquí, como en otras tantas materias del empleo público que hemos venido analizando, lo que resulta realmente destacable del EBEP es precisamente la necesidad de unificar el régimen de responsabilidad disciplinaria, como ya había sucedido también con el régimen de responsabilidad civil y penal, y sobre todo en sistemas que, como el nuestro, mantienen la dualidad de regímenes, público y privado, en el empleo público.

Por tanto, nos encontramos en la nueva normativa básica del empleo público ante un mismo régimen jurídico aplicable tanto al personal funcionario como al personal laboral que, acorde al carácter básico del EBEP, deberán ser objeto de desarrollo por las leyes y reglamentos del Estado y de las Comu-

(50) Es obvio, como señala SÁNCHEZ MORÓN («Régimen disciplinario», *op. cit.*, pp. 537 y ss.) que «esto último es un lapso del legislador, ya que las leyes de función pública no pueden contener legislación laboral por su propio contenido y, si se trata de leyes autonómicas, tampoco por imperativo constitucional».

(51) En este sentido, como hemos señalado, es preciso señalar que hasta que sean aprobadas las leyes y reglamentos de desarrollo del EBEP, sigue vigente el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, así como legislación propia de las Comunidades Autónomas y demás convenios colectivos de personal laboral en todo lo que no resulten incompatibles con lo dispuesto en el presente Capítulo como así se desprende de la Disposición final cuarta del EBEP y la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Por otra parte, y en el ámbito jurisdiccional, hay que tener en cuenta asimismo que se mantiene la dualidad del orden contencioso-administrativo y social para conocer de las impugnaciones que en esta materia puedan ser planteadas por uno u otro tipo de personal. Una situación que, como ha sido señalado por la doctrina, puede llegar a plantear no pocos problemas de interpretación de los preceptos contenidos en el EBEP como precisamente ha sucedido en el presente Auto de la Audiencia Nacional que venimos analizando.

nidades Autónomas y los aplicables a la Administración Local, en lo que se refiera a los funcionarios públicos.

Por su parte, y dada la estructura del ordenamiento jurídico laboral y la distribución de competencias en esta materia, en lo no previsto en el propio EBEP, deberán ser objeto de desarrollo por la legislación laboral y mediante los respectivos convenios colectivos que sean adoptados en esta materia.

III. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA REDUCCIÓN DE SALARIOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En efecto, llegados ya a este punto, es preciso que abordemos el problema de fondo que se plantea en el controvertido Auto de la Audiencia Nacional que estamos analizando, esto es, la reducción de salarios de los empleados públicos operada por el Gobierno a través del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que, a juicio de la Audiencia Nacional, no puede afectar al colectivo de trabajadores vinculados al sector público en virtud de un contrato de trabajo pero sí puede afectar al colectivo de funcionarios públicos.

Sin duda, como ya hemos apuntado, esta afirmación nos parece carente de toda lógica. Bien es cierto, no obstante, que para llegar a esta conclusión la Audiencia Nacional no se ha centrado, a nuestro entender, en el problema de fondo: Las retribuciones de los empleados públicos y su reducción (que no congelación) por parte del Gobierno; sino que, tal vez sea porque haya sido analizado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y «barriendo para casa», el objeto central de su argumentación jurídica ha sido analizar la diferente fuerza vinculante entre la negociación colectiva del personal funcionario y del personal laboral al servicio de la Administración Pública.

Por todo ello, partimos de la premisa de que el análisis del conflicto que tenemos en presencia debería haber partido de un planteamiento diferente. Así, pues, la cuestión principal de la controversia que ha sido planteada a la Audiencia Nacional debería haberse centrado en el análisis de los derechos retributivos de los empleados públicos y no, aunque también, en la negociación colectiva que ha resultado tras la aprobación del EBEP.

Desde este planteamiento, a nuestro juicio, se habría llegado a conclusiones más razonables que las que han sido formuladas por la Audiencia Nacional para resolver este conflicto y elevar la «patata caliente» o, mejor dicho, esta cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. Habrá que esperar, por tanto, a cómo aborda esta difícil cuestión el Alto Tribunal.

Mientras tanto, por nuestra parte nos resta, pues, analizar cómo aborda el EBEP el tema de los derechos retributivos y, más concretamente, si con la

Ley en la mano es posible considerar legítima la reducción operada por el Gobierno sobre los salarios de los empleados públicos en general, y no sólo de un colectivo en concreto.

1. Los derechos retributivos en el EBEP

Para empezar, y siguiendo nuevamente con el esquema que venimos desarrollando en el conjunto de los elementos de nuestro sistema de empleo público, podemos afirmar que por lo que se refiere a las retribuciones del personal laboral no se ha avanzado mucho en la nueva normativa básica de la función pública. De esta forma, dentro del Capítulo III del Título III del EBEP (derechos retributivos), el artículo 27 del EBEP establece una disposición perfectamente innecesaria, por superflua, al remitirse a la legislación laboral (esto es, arts. 26 a 31 ET), convenio colectivo de aplicación y contrato de trabajo (52).

Y es que, como señala CASTILLO BLANCO, «respecto de este aspecto no parece que deba desdeñarse que el sistema retributivo en un Estatuto que aspira a establecer los rasgos comunes del sistema de empleo público, salvando naturalmente las exigencias derivadas de la naturaleza de la relación jurídica laboral, tenga elementos de homogeneidad suficientes que permitan incrementar la equidad en la fijación retributiva y la aplicación de principios y reglas comunes en cuanto a su devengo y percepción».

Por ello es que, como afirma el autor, «algo más podría y debía haberse realizado aunque fuese con el carácter simplemente de norma directiva, respetando la autonomía negocial, pero la importancia del salario, en cierta medida un crisol donde vierte el modelo de empleo público, quizás habría aconsejado un mayor y más decidido impulso de reforma» (53).

No obstante, a pesar de la poca ambición que en este punto ha reflejado el legislador, es importante tener muy presente el inciso final del propio art. 27 del EBEP cuando señala que las retribuciones del personal laboral respetarán

(52) Por lo demás, como señala SALA FRANCO («El personal laboral...», *op. cit.*, p. 127), «los arts. 29 y 30 del EBEP, respectivamente referidos a la financiación de los planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos y a las deducciones en las retribuciones por la parte de jornada no realizada o por el ejercicio del derecho a huelga, resultan de aplicación al personal laboral de las Administraciones Pública».

(53) CASTILLO BLANCO, F.: «Los derechos retributivos de los empleados públicos», *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 244.

En este sentido, como se expresó en el Informe de la Comisión, las retribuciones del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas han de determinarse a través de la negociación colectiva, respetando las reglas de la legislación laboral común y los límites presupuestarios que puedan establecerse, pudiendo, no obstante, adaptarse a través de la negociación a las propias de los funcionarios en sectores y ámbitos determinados.

«en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto». En este sentido, por tanto, dos son los parámetros a tener en cuenta a la hora de fijar las retribuciones no sólo del personal funcionario sino también del personal laboral:

- 1) Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos.
- 2) No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal.

De esta forma, podemos comprobar cómo el art. 21 del EBEP establece los límites en cuanto al incremento retributivo que ahora se detallan con mayor precisión y corrección. Y es que, en efecto, nuestra jurisprudencia considera de manera consolidada y firme que la fijación de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones del sector público corresponde al Estado, ya que constituye una medida económica de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público (54).

(54) Los argumentos sobre la limitación de incrementos salariales se basan fundamentalmente en la competencia estatal para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, prevista por el artículo 149.1.13º de la Constitución, y en el límite de la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal (artículo 156.1 de la Constitución, en relación con el artículo 2.1.b) de la LOFCA). Además, esta competencia estatal, instrumentada anualmente a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, trasciende el ámbito de la Administración General del Estado, extendiendo su eficacia al conjunto de las Administraciones Públicas, que quedarán igualmente vinculadas por los límites de crecimiento retributivo que determine el Parlamento en dicha norma, que en lo que se refiere a este aspecto, tiene un indiscutido carácter básico (vid. por todas, STC 24/2002, de 31 de enero, fundamento jurídico 5º)

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha admitido la potestad estatal para establecer éstos básicamente justificados en razones de política económica y financiera y, junto a ellas, en los principios de igualdad y solidaridad, pero no es menos cierto que dichas decisiones del Tribunal Constitucional no han quedado exentas de crítica y así se ha argumentado que ni el principio de igualdad, ni el de solidaridad, ni siquiera la dirección de la actividad económica justificarían —ya que se pueden adoptar otras medidas— dicha limitación y si que parece inadecuada una política de rentas exclusivamente establecida para el sector público y que no encuentra suficiente justificación en la estabilidad en el empleo que disfrutaban los empleados públicos. Habremos de añadir que la autonomía en la aplicación del gasto se ve seriamente quebrantada con dicha doctrina y es, además, más que discutible que con la misma, sin adoptar otras medidas adicionales, se consigan dichos objetivos.

Así, pues, dichas competencias atribuidas a la Administración del Estado implican que éste no sólo puede incidir en la estructura básica del sistema retributivo, sino que, asimismo, por razones de política económica, puede establecer límites a los incrementos retributivos globales de los funcionarios públicos (STC 96/1990, de 24 de mayo) basadas, asimismo, en los principios de igualdad y solidaridad (STC 237/1992, de 15 de diciembre) y ello aunque diversas Comunidades Autónomas hayan previsto específicamente en sus leyes de función pública previsiones específicas de actualización anual de las retribuciones e inclusive por períodos inferiores a fin de evitar el deterioro de la capacidad adquisitiva (55).

No obstante, como señala SÁNCHEZ MORÓN, conviene precisar que «lo que hacen las Leyes de Presupuestos es tan sólo aplicar un determinado porcentaje de aumento a los diferentes conceptos previstos legalmente. No corresponde a aquéllas fijar las retribuciones de manera individualizada ni tampoco mediante la simple previsión de un porcentaje de aumento del salario de todos los empleados públicos» (56).

En todo caso, debe tenerse en cuenta como señalan también MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ BERNAT, «que la intervención estatal en materia retributiva

(55) Ciertamente la jurisprudencia, tanto constitucional como del Tribunal Supremo, no ha dejado mucho margen para desconocer esta competencia estatal si salvamos la posibilidad de superación de incrementos por encima de los límites establecidos en las circunstancias establecidas en las normas presupuestarias. Específicamente para los Entes Locales, se declara que la autonomía municipal consagrada por los artículos 137 y 140 de la Constitución que se invoca, por circunscritas a las materias que sean de la exclusiva competencia de los Entes Locales, no es aplicable a las que, excluyentemente, competen al Estado, como son las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del estatutario de sus funcionarios, acotadas de modo expreso por el artículo 149.1.18 de la Constitución, como recuerda, entre otras la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982 (RTC 57), habiéndose declarado también por el Tribunal Supremo —en las de 29 de octubre de 1985 (RJ 4602) y 20 de marzo de 1986 (RJ 2313), por ejemplo— que de ese carácter básico participa, en concreto, el sistema retributivo de aquéllos y el de los funcionarios de la Administración Local, que tiene la misma estructura que el de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, cuya identificación confirma el artículo 93 de la Ley de Bases del Régimen Local y la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 1986 (RTC 111), siendo, por consiguiente, contraria a esa total asimilación el establecimiento por los Entes no estatales de conceptos retribuibles, criterios de remuneración, percepciones complementarias, incrementos no autorizados, etc. Límites que se mantendrán con el EBEP que establece una reserva legal en cuanto a la estructura y, a nuestro juicio con poco tino, respecto de la cuantía de las retribuciones complementarias según dispone el artículo 24 del EBEP.

(56) SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 214.

En suma, se trata de una medida económica de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión de uno de los componentes esenciales del gasto público (SSTC 63/1986, 96/1990, 237/1992, 385/1993, 176/1996, 103/1997, 62/2001 y 24/2002). Junto a estas razones de política económica y financiera, la jurisprudencia constitucional ha admitido la potestad estatal para establecer topes máximos en base a los principios constitucionales de igualdad y solidaridad (SSTC 63/1986 y 237/1992).

debe configurarse de tal modo que deje al resto de las Administraciones Públicas el suficiente margen de libertad de decisión dentro de su propio ámbito de competencias. La actuación estatal no puede, por tanto, impedir que se pueda desarrollar las competencias que ostentan aquéllas (STC 171/1996). Y así, en esta línea, no resulta justificado que el Estado predetermine los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada empleado, de tal modo que el límite debe referirse al volumen total de las retribuciones correspondientes a cada grupo y no a la retribución de cada una de las personas afectadas (SSTC 63/1986, 96/1990 y 237/1992). Como tampoco afecta necesariamente a la cuantía de las retribuciones complementarias (STS de 24 de septiembre de 1994)» (57).

Como afirma BARREIRO GONZÁLEZ, «el límite al control de los incrementos retributivos por vía presupuestaria en el sentido de que aquél no puede ir más allá hasta el punto de pretender controlar, asimismo, el incremento retributivo de cada uno de los trabajadores afectados, es lo que garantiza, como ha indicado la doctrina, un reducto negocial constitucionalmente protegido contra la injerencia presupuestaria, porque, de lo contrario, y a diferencia del estable-

(57) MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: «Derechos retributivos», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008, pp. 290-291.

Lo anterior obliga a preguntarse a estos autores, acerca de la posibilidad de que se puedan acordar incrementos retributivos que superen los límites máximos establecidos en función de la autonomía de gasto predicable de cada Administración.

Al respecto, como señala CASTILLO BLANCO («Los derechos retributivos...», *op. cit.*, pp. 239 y ss.), «la jurisprudencia tanto constitucional como del Tribunal Supremo no ha dejado mucho margen para ello, salvo algún pronunciamiento aislado en el que se admite dicha opción atendiendo a las circunstancias recogidas en las normas presupuestarias».

No obstante, en la práctica, como refleja en el Informe de la Comisión (MAP: *Informe de la Comisión...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.) «algunas Comunidades Autónomas y Entes Locales (y, en algunos sectores, la propia Administración General del Estado) suelen iniciar la negociación colectiva tomando los incrementos establecidos en las Leyes Generales de Presupuestos del Estado no como un porcentaje a respetar estrictamente, sino como un punto de partida. De ello deriva una dinámica incrementalista del gasto público, sin especiales contrapartidas desde el punto de vista de la organización y mejora de los servicios. Además, los incrementos adicionales derivados de la negociación colectiva en el ámbito autonómico y local (o en otras Administraciones dotadas de autonomía de gasto) suelen pesar más en las organizaciones menos estructuradas y donde existe una mayor proximidad entre el nivel de decisión política y los empleados, por lo que tienen normalmente menor capacidad para contener las presiones retributivas». Esta dinámica, sigue diciendo, «genera con el tiempo diferencias retributivas entre colectivos de un mismo sector pero pertenecientes a distintas Administraciones, lo que, a su vez, provoca, en no pocas ocasiones, la apertura de procesos de negociación salarial con el propósito de lograr la equiparación a la Administración Pública que ha alcanzado niveles retributivos más altos. Se produce así deslizamientos salariales que, cuando afectan a colectivos de empleados numerosos, representan elevados costes para los presupuestos de las Administraciones. Este fenómeno se ha observado de forma notoria en sectores como la educación, la sanidad o los servicios de empleo».

cimiento de topes máximos globales no se estaría ahora meramente recortando o condicionando la autonomía negocial, sino muy al contrario, sustrayendo lisa y llanamente la posibilidad de negociaciones en ese ámbito» (58).

No obstante, no hay que perder de vista que «la Ley de Presupuestos es una verdadera ley, a la que están sujetos los pactos y acuerdos en virtud del principio de jerarquía normativa, que impone la primacía de la norma de origen legal respecto de la norma de origen convencional en materia de derecho necesario» (STS de 21 de marzo de 2002) (59).

En este sentido, el Tribunal Supremo considera que existe «una clara justificación al limitar la autonomía negociadora, por el papel que juegan los presupuestos como instrumento básico de protección del interés general del Estado y como principio directo de la política general que justifica las posibles limitaciones a la autonomía negocial colectiva en el empleo público, de tal forma que viene condicionada por los principios de legalidad, de competencia, jerarquía normativa, de reserva de ley y de reserva presupuestaria».

Pero es que, además, como afirma CASTILLO BLANCO, «aun cuando estos pronunciamientos judiciales se circunscriben al ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, no cabe duda que el principio de legalidad presupuestaria afecta también a la negociación colectiva del personal laboral del sector público, tanto estatal, como al autonómico y al local, que queda igualmente limitada por lo dispuesto en las Leyes de Presupuestos, tanto en lo que se refiere al límite de crecimiento de las retribuciones, como a la primacía de esta norma sobre lo dispuesto en los convenios colectivos» (60).

(58) BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral del sector público», *REDT*, n° 27, 1986, p. 454.

(59) En este mismo, sobre la primacía de la norma legal sobre la convencional, se pronuncia la Audiencia Nacional en el Auto que estamos analizando cuando dice que: «Estas son las razones por las que no creemos constitucionalmente posible que se pueda suspender, modificar o suprimir un convenio colectivo durante su vigencia mediante un Decreto-Ley, aunque concurra la nota positiva, exigida por el art. 86, 1 CE, puesto que la suspensión, modificación o supresión del convenio colectivo negociado conforme al Título III ET afecta, como creemos haber demostrado, al contenido esencial de dichos derechos, lo cual está vedado por la Constitución, si bien queremos precisar, a estos efectos, que dicha limitación podría haberse salvado constitucionalmente, si se hubiera activado el procedimiento previsto en el art. 86, 3 CE, según el cual «durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia», que es exactamente lo que se hizo con el RDL 1/2010, de 5 de febrero, que dio pie después a la Ley 9/2010, de 13 de abril, o el RDL 10/2010, de 16 de junio, que dio lugar posteriormente a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, por la que se aprobaron las medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no correspondiendo a esta Sala ponderar las razones de oportunidad, así como las estrategias parlamentarias que dieron lugar a dicha decisión parlamentaria».

(60) CASTILLO BLANCO, F.: «Sistema salarial, gasto público y apuntes para su reforma en el empleo público español», *Presupuesto y Gasto Público*, n° 41, 2005, p.108.

En este contexto, y por lo que se refiere a las retribuciones del personal laboral, dos podrían ser las consideraciones que podríamos extraer siguiendo a este autor. La primera, «que la experiencia de estos últimos años muestra una cierta tendencia a establecer conceptos y cuantías retributivas uniformes entre el personal sujeto al estatuto funcionarial y el personal que desarrolla sus funciones sometido al Derecho laboral dentro del sector público, explicable, en cualquier caso, tanto por la necesaria uniformidad en las condiciones del empleo público del personal que presta sus servicios en la misma Administración e, inclusive, en la misma unidad administrativa, como por la existencia de algunas, aunque mínimas, reglas comunes a ambos colectivos como resultan ser los límites al incremento retributivo derivados de la política económica del Gobierno de la nación».

La segunda, como ya hemos apuntado, que «respecto de este aspecto no parece que debiera desdeñarse que el sistema retributivo, en cualquier norma que aspire a establecer unos rasgos comunes del sistema de empleo público, salvando naturalmente las exigencias derivadas de la naturaleza de la relación jurídica laboral, tenga elementos de homogeneidad suficientes que permitan incrementar la equidad en la fijación retributiva, la transparencia en la percepción salarial de todos los empleados públicos y la aplicación de principios y reglas comunes en cuanto a su devengo y percepción, siendo que, en todo caso, el Estatuto de los Trabajadores no establece sino como única regla de derecho necesario la necesaria existencia de un salario base» (61).

(61) JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, p. 74.

Así, y sin perjuicio del derecho de negociación colectiva, sería preciso buscar mecanismos que hicieran posible su aplicación al personal laboral al servicio del sector público.

En este sentido, como señala el autor («Los derechos retributivos...», *op. cit.*, pp. 239 y ss.), «la metodología seguida, hasta hace muy poco, para fijar la propuesta de incremento retributivo no parecía la más adecuada. En este sentido, el volumen de recursos humanos disponibles en las Administraciones autonómicas y locales requiere que el Estado ejerza sus competencias constitucionalmente atribuidas en materia retributiva contando con mecanismos que den una mayor participación y capacidad de decisión a las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales. Esta participación, como estableció el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante Comisión), se podría canalizar a través de la Conferencia Sectorial u órgano similar que se constituyera como foro de discusión de aquellos temas que pudieran afectar al conjunto de las Administraciones Públicas, de manera que las decisiones que se adoptaran tuvieran en consideración sus características y necesidades propias.

De esta forma, el análisis de estas cuestiones sería previo a su discusión en la Mesa General de las Administraciones Públicas, en la que la posición de los empleadores públicos debiera ser común y perfectamente consensuada, lo que facilitaría la negociación con las organizaciones sindicales, y, sobre todo, permitiría a los distintos agentes corresponsabilizarse de la aplicación de las decisiones en materia retributiva».

2. La legitimidad de la medida adoptada por el Gobierno

Desde este planteamiento que venimos exponiendo, y entrando ya en el segundo de los interrogantes planteados, esto es, si podemos considerar conforme al ordenamiento jurídico la reducción de salarios operada por el Gobierno ya sea bien sobre los funcionarios públicos o ya sea sobre el personal laboral del sector público; son varias también las consideraciones que podemos expresar al respecto.

En primer lugar, es preciso recordar en qué ha consistido esta medida adoptada por el Gobierno para afrontar la situación de déficit público que nuestro país estaba atravesando entonces, y sigue atravesando aun en la actualidad. La medida, en concreto, consiste en una reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales operada tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario de todos los empleados públicos de las Administraciones Públicas (62).

De esta forma, esta reducción de la masa salarial del sector público ha provocado, de entrada, la modificación de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 en la que se establecía un incremento salarial del 0,3 por ciento en las retribuciones de los empleados públicos.

Sin embargo, la medida va más allá. Si hacemos un poco de memoria, podremos comprobar que esta reducción ha afectado también a la Ley 42/2006,

(62) No obstante, hay que recordar también que la Disposición Adicional Novena del RDL 8/2010, de 20 de mayo, denominada «Normas especiales en relación con determinadas entidades del sector público a efectos de la aplicación de la reducción salarial prevista en el Real Decreto Ley con efectos de 1 de junio de 2010» establece que: «Lo dispuesto en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el presente Real Decreto-Ley en lo relativo a la reducción salarial, no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado Uno.g) del art. 22 de la citada Ley ni al personal laboral no directivo de las Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación».

Al respecto, la Audiencia Nacional en el Auto que estamos analizando llega a concluir lo siguiente: «Así pues, constatado que la DA 9ª del RDL 8/2010, de 20 de mayo, denominada «normas determinadas entidades del aplicación de la reducción Decreto-Ley con efectos de uno de junio de 2010», que no será de aplicación a las Entidades Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes acuerden su aplicación, habiéndose probado que la FNMT es también una Entidad pública empresarial, al igual que las favorecidas por la exclusión, debemos concluir, que dicho trato diferenciado, al carecer de la mas mínima justificación, ha podido vulnerar el derecho de igualdad, contenido en el art. 14 CE, por lo que mantenemos las dudas de constitucionalidad de dicho precepto y nos vemos obligados, por consiguiente, a plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 CE, en relación con el art. 5.2 LOPJ y el art. 35.1 LOTC, para que decida también si la D.A.9ª del RDL 8/2010 vulnera el derecho de igualdad denunciado por los sindicatos demandantes».

de Presupuestos Generales del Estado para el 2007; la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para 2008; y, la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en las que se venían estableciendo unos incrementos salariales anuales del 2 por ciento sobre la masa salarial de los empleados públicos que suponían, en suma, una actualización de los salarios del 6,3 por ciento sobre la masa salarial del 2006.

Por tanto, al efectuar una reducción del 5 por ciento, estos incrementos salariales que se habían consolidado a través de los créditos establecidos en las distintas leyes presupuestarias de los años 2007 a 2010, se retrotraen nuevamente a cuantías salariales del año 2007.

En consecuencia, estamos en presencia de un Real Decreto-ley que por el contenido de sus disposiciones despliega efectos con carácter retroactivo sobre los derechos económicos de los empleados públicos ya devengados con anterioridad. Y, con ello, se vuelve a sacar a la luz la discutida teoría de los derechos adquiridos de los empleados públicos.

Sobre todas estas cuestiones ya tuvimos la ocasión de pronunciarnos en un trabajo anterior y al cual nos remitimos ampliamente (63). No obstante, en aquella ocasión la Audiencia Nacional no había emitido el fallo que en el presente trabajo estamos analizando. Por todo ello, consideramos oportuno extrapolar aquí, aunque sea brevemente, la conclusión a la que llegamos entonces y que sigue teniendo el mismo valor para este trabajo.

Y es que, en efecto, si bien es cierto que la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido bastante cautelosa e incluso restrictiva a la hora de determinar la existencia de los derechos adquiridos (64); no es menos cierto también que en el ámbito del empleo público aunque muy limitados, la jurisprudencia

(63) Véase al respecto QUESADA LUMBRERAS, J.: «Retroactividad de las normas versus derechos adquiridos: A propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, que está pendiente de publicarse en el número 79 de esta revista.

(64) Como señala BARRERO RODRÍGUEZ («El respeto a los derechos adquiridos», *Documentación Administrativa*, n.º 263-264, 2002, p. 154), «aunque el Tribunal Constitucional niegue, pues, que la categoría de los derechos adquiridos haya sido constitucionalizada, su jurisprudencia reconoce así la existencia de situaciones jurídicas claramente incardinables en dicho concepto. Esta afirmación que, en apariencia, pudiera parecer un tanto contradictoria, no lo es, sin embargo, si se tiene en cuenta que la oposición del Tribunal a la existencia constitucional de derechos adquiridos constituye una tesis formulada en el ámbito exclusivo de la interpretación del principio de «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales» reconocido en el artículo 9.3; esto es, lo que el Tribunal Constitucional ha establecido es que no pueden esgrimirse derechos adquiridos como argumento en defensa de la irretroactividad de las normas, más allá de las materias definidas en este precepto; entre ellas, los «derechos individuales», categoría que, como se dijo, ha encontrado concreción en los derechos fundamentales y libertades públicas, no pudiendo en modo alguno equiparse a la de los *iura quaesita*».

los viene a delimitar básicamente a los derechos de orden económico o al contenido de la función que desarrolla el empleado público.

De esta forma, como ha venido reiterando el Tribunal Supremo: «Los funcionarios públicos, sujetos a un *status* legal y reglamentario sometido al poder imperativo de la administración, no pueden esgrimir con éxito más derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, que la propia doctrina jurisprudencial ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero no caben expectativas que entran de lleno en la *potestad variandi* de la Administración...» (SSTS de 3 de abril y 6 de octubre de 1995; de 17 y 21 de marzo de 1997; de 11 de abril de 1997; y, de 27 de octubre de 1999) (65).

Y ha acompañado dicho razonamiento con la consideración que sobre los derechos adquiridos ha mantenido la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo derivada, también, del espíritu que anima la regulación estatutaria de la función pública y que se expresa en la posibilidad de establecer Complementos Personales Transitorios en materia retributiva.

En este sentido, la STS de 29 de mayo de 1995 declaraba que: «Por otra parte, en la sentencia de 12 de julio de 1991 decíamos que dentro del amplio campo que la noción estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios ofrece a los poderes públicos para introducir innovaciones en dicho régimen, sin que frente a las mismas resulte eficaz invocar la intangibilidad característica de los derechos adquiridos, la Jurisprudencia, acompañada en su doctrina por una usual práctica normativa, ha delimitado aquel campo al sostener que aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo, sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los Complementos Personales Transitorios, absorbibles por futuros aumentos (Sentencias de 17 de febrero y de 11 de junio de 1988)».

Así lo indica también la STS de 2 de diciembre de 1994 alegando que el carácter absorbible del Complemento Transitorio no es sino una consecuencia

(65) Línea jurisprudencial que han seguido en un perfecto *continuum*, el resto de tribunales ordinarios. Así, entre otras, podemos citar la Sentencia de 20 de enero de 1990 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que profundiza en la delimitación que, en el marco de la relación funcional, constituirían auténticos derechos adquiridos. Conforme a esta Sentencia, «...una relación de derechos adquiridos, sin pretender que sea exhaustiva, estaría constituida por los siguientes: la cuantía íntegra de las retribuciones o sueldo consolidado que legalmente corresponde percibir; la condición de funcionario con la clasificación o categoría administrativa que le corresponda; el tiempo de servicio reconocido como abonable; la inamovilidad; no se comprende sin embargo el mantenimiento de la edad de jubilación establecida en el momento de su acceso al cargo (SSTS de 21 de octubre de 1985 y 29 de noviembre y 19 de diciembre de 1986)».

de la congruencia en la organización del régimen estatutario del que depende y una consecuencia del principio de igualdad ante la Ley. Y como aclara la STS de 26 de octubre de 1994, «los derechos adquiridos de carácter económico no suponen otra cosa que la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate, sin que pueda aducirse frente a la *potestad variandi* de la Administración —con el límite señalado— el mantenimiento indefinido, e incluso su actualización —como pretenden los actores— de determinadas situaciones, pues lo contrario supondría petrificar la relación funcional de un momento dado, impidiendo su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, e ignorar la mutabilidad de las circunstancias que condicionan la actuación de la Administración».

Así, pues, siguiendo esta línea consolidada, la Disposición Transitoria Primera del EBEP contempla una garantía de los derechos retributivos que alcanza, según expone, «a los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor» (66). El precepto, sin embargo, no deja claramente establecido el alcance de dicha garantía como tampoco alude a la posibilidad de establecer Complementos Personales Transitorios y mucho menos a su carácter absorbible o no.

A nuestro juicio, en principio, sí parecen que debieran incluirse dentro del concepto de retribuciones consolidadas, las retribuciones que se derivan de la situación jurídica subjetiva del funcionario derivada de su categoría personal, esto es, las retribuciones básicas que retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, y por su antigüedad en el mismo. Y, dentro de ellas, como señala el art. 22.2 EBEP, están comprendidas los componentes de sueldo y trienios de las pagas extraordinarias (67).

(66) Se prevé, además, su aplicación no sólo al personal en servicio activo, sino, asimismo, a quien esté en otra situación administrativa distinta de ésta en el momento de su reingreso a esta situación.

(67) De esta forma, en base al Sueldo, el artículo 23 a) EBEP incardina todos los funcionarios en tres grupos y cinco subgrupos según la titulación exigida para el ingreso (aunque conforme a la Disposición Adicional Séptima del EBEP, se podrán crear otras agrupaciones profesionales distintas para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo), y que determinan la percepción de una concreta cuantía fijadas en la Ley de Presupuestos del Estado. Así, la ocupación de puestos de trabajo no tendrá incidencia alguna en la adscripción a los distintos grupos, a salvo de los mecanismos de carrera establecidos en el propio EBEP, ni altera, por tanto, la categoría subjetiva del funcionario como hasta ahora venía sucediendo.

Por su parte, los Trienios se perciben por el transcurso de tres años de servicio en el Subgrupo o Grupo de clasificación correspondiente. Y, con idéntico criterio, su cuantía será la correspondiente a la del Subgrupo o Grupo en que se encuentra incardinado el funcionario. En este sentido, la

Mayor problemática presentan, en cambio, los complementos retributivos derivados de la clasificación de los puestos o de otros instrumentos organizativos cuando los mismos no se han consolidado y que se centrarían en el Complemento de Destino y el Específico (68).

Desde nuestro punto de vista, y por lo que respecta al Complemento de Destino, sólo sería susceptible de ser incardinado en el adjetivo de «consolidado» en la medida que, en la doble vertiente que éste presenta (nivel del puesto de trabajo ocupado y expresión retributiva de la carrera administrativa), se manifieste en su calidad de progreso en la carrera administrativa.

Sin embargo, las retribuciones derivadas de la ocupación de puestos de trabajo que no se consolidan en el funcionario no serían susceptibles de ser consideradas derechos consolidados, dado que el sistema de retribuir aquéllos siempre ha de estar en conexión con la forma de organización, la evolución de ésta, los nuevos cometidos asignados a cada organización administrativa y

regulación legal viene caracterizada por las siguientes dos notas: de un lado, el trienio se retribuye en función de la categoría profesional del funcionario; de otro, ya no se sigue vinculando el trienio a la continuidad en el Grupo o Subgrupo, sino por el contrario a la continuidad del servicio a la Administración en general siguiendo la tendencia establecida en este punto por la Ley 70/1978, de 26 de diciembre operó que ya con un cierto carácter unitario.

Por tanto, su reconocimiento y fecha de devengo como señala CASTILLO BLANCO («Los derechos retributivos...», *op. cit.*, pp. 245 y ss.), nos permite extraer las siguientes conclusiones: 1) Cuando un funcionario preste servicios sucesivamente en diferentes Grupos o Subgrupos tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los anteriores con el valor correspondiente a aquél en que se perfeccionaron; 2) Cuando se cambie de adscripción de Grupo o Subgrupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrida se considerará como tiempo de servicios prestados en el nuevo Grupo; 3) Los efectos económicos se producen desde la fecha de su percepción, siempre que no haya operado prescripción alguna, y no desde su solicitud y reconocimiento (sentencia de 16 de octubre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de 31 de octubre de 1996 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares) y la fecha de vencimiento de los mismos es el último día del tercer año natural, esto es, el día anterior al correspondiente a la toma de posesión.

En cuanto a las Pagas Extraordinarias, con buena lógica ahora y a diferencia de la legislación anterior, las pagas extraordinarias ya no forman parte de éstas, sino que se estructuran de forma independiente lo que desde luego clarifica el sentido y objeto de éstas (artículo 23 EBEP). Así, conforme al art. 22.4 EBEP, las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquéllas vinculadas al desempeño y de los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal al ser estos concepto variables en el tiempo.

(68) Conforme al art. 24 del EBEP, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa; b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo; c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos; d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

resulta fuera de toda duda que estos elementos pueden o no estar presentes en cada momento. Desde este punto de vista, si bien con menor persistencia en el tiempo, serían asimilables a la productividad, las gratificaciones por servicios extraordinarios o las indemnizaciones por razón del servicio.

El mismo tratamiento, asimismo, debería tener el Complemento Específico, en el cual no siempre necesariamente han de estar contemplados todos sus elementos (dedicación, incompatibilidad, responsabilidad...) o podrían añadirse otros nuevos derivados de nuevas fórmulas de prestación de trabajo o de organización. Y es que, en efecto, por poner un último ejemplo, un puesto de trabajo o una categoría administrativa pueden dejar de ser penosas o peligrosas y nada impide ni debería impedir que se dejase percibir las remuneraciones por tales conceptos y, en su consecuencia, *mutatis mutandis*, nada avala tampoco su consolidación en aquellos casos en que se produzca una mutación cualitativa de los conceptos retributivos a percibir por los funcionarios públicos (69).

Consideramos, en suma, que sólo deberían adquirir el calificativo de «consolidadas» y que, por tanto, entran dentro de la esfera de protección de los derechos adquiridos de orden económico reconocidos por la doctrina jurisprudencial, las retribuciones básicas que se derivan de la situación jurídica subjetiva del empleado derivada de su categoría personal y las complementarias que se manifiestan en la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa. El resto de retribuciones complementarias, y en la medida que no se hayan consolidado en los términos que hemos expuesto, no pueden ser insertados, pues, bajo la «etiqueta» de los *iura quaesita*.

Estos conceptos retributivos son, pues, los que el controvertido Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, debería haber respetado por su carácter de derechos consolidados y no operando, en consecuencia, la reducción de las retribuciones de los empleados públicos «tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario», según expresa el propio texto normativo. De lo que se deriva, desde nuestro punto de vista, que la forma en que se ha instrumentalizado la reducción de las retribuciones no es conforme a Derecho; al menos en los conceptos retributivos que, como venimos expo-

(69) Ahora bien, como señala SOLANA PÉREZ (*Aplicación y control judicial del complemento específico en las retribución de los funcionarios públicos*, Ed. CEMCI, Granada, 2000) «sobre la base de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque el complemento específico no genera un derecho adquirido, su modificación posterior exige una nueva valoración a fin de acreditar la alteración en las funciones atribuidas. En este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha o la de 22 de enero de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que considera, ésta última, que prescindir de dicha valoración determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado y, en el supuesto de autos, la condena en costas».

niendo, han sido consolidados tanto por los funcionarios públicos como por el personal laboral al servicio de la Administración Pública (70).

IV. CONCLUSIONES FINALES

A la vista de todo lo expuesto en el presente trabajo, una primera conclusión es la que podemos poner de manifiesto. Desde nuestro punto de vista, aunque el EBEP no lo haya recogido expresamente, el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública constituye materialmente una relación laboral especial de empleo público (71).

De hecho, así lo apuntaba ya la Comisión de Expertos a modo de necesidad legislativa cuando señala que: «Por lo que se refiere al personal laboral al

(70) Por lo demás, como ya dejamos apuntado en el anterior trabajo mencionado (QUESADA LUMBRERAS, J.: «Retroactividad de las normas...», *op. cit.*), resta esclarecer si se pondrán en marcha los cauces indemnizatorios establecidos en la propia Constitución. Al respecto, aunque tras valorar la doctrina constitucional según la cual las modificaciones legislativas no otorgan, con carácter general, un derecho de indemnización dada la línea restrictiva mantenida por el Alto Tribunal acerca de lo que pueda ser un derecho de contenido patrimonial (SSTC 108/1986, 99/1987, 70/1988, 42/1990 y 65 a 68/1990); no obstante, hay que tener presente que en las concretas circunstancias del caso que nos ocupa y en los términos que hemos expuesto sobre las retribuciones de los empleados públicos, nos encontramos ante una afectación de derechos que, a juicio también de nuestra jurisprudencia, constituyen auténticos derechos adquiridos y no simple o meras expectativas. En esta ocasión sí nos encontramos ante situaciones jurídicas consumadas, agotadas al amparo del Derecho que se deroga y que, por tanto, han de ser protegidas imperativo no sólo del principio de seguridad jurídica, sino, también, de otros que con ella se relacionan (irretroactividad de determinadas normas, interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad de los Poderes públicos).

De la suma de todos ellos, como expresa BARRERO RODRÍGUEZ («El respeto a los derechos...», *op. cit.*, p. 156), «resulta una regla general de respeto a los derechos incorporados al patrimonio de sus titulares en aplicación del ordenamiento que se sustituye, derechos por cuya privación habrán de ser indemnizados si la satisfacción del interés público obliga excepcionalmente a ella».

(71) Como establece el art. 2 i) del ET, se considerarán relaciones laborales de carácter especial: «...i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley».

En este sentido, la única referencia expresa contenida en el EBEP sobre esta relación laboral especial se contiene en el art. 13.4 cuando regula la figura del personal directivo: «Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

En todo caso, como señala BOLTAINA BOSCH (*El personal laboral...*, *op. cit.*, p. 57), «como empleado público que es y pese a que la normativa laboral especial le ofrezca algunas garantías de las que carecen sus homólogos directivos funcionarios —así, la indemnización que se pacte, que en todo caso deberá respetar las limitaciones presupuestarias y estar sujeta al principio de transparencia—, quedará sujeto a las restricciones impuestas por tal normativa de empleo público, tanto en el acceso como en la determinación de sus condiciones, y a un régimen de incompatibilidad absoluta con el desempeño de otra actividad privada».

Sobre este tema, resulta de gran interés la obra de JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *El personal directivo en la Administración local*, CEMICAL, Estudios de Relaciones Laborales nº 4, Barcelona, 2009.

servicio de las Administraciones y Entidades Públicas, que se ha incrementado paulatinamente y que, previsiblemente, seguirá siendo numeroso, el principal problema que se plantea hoy es de inseguridad jurídica sobre el régimen que le es aplicable». Esta inseguridad deriva del hecho de que «mientras la Administración, como empleadora o parte de un contrato de trabajo está sometida en principio al derecho laboral, en razón de su estatuto constitucional no puede dejar de estar sometida también al derecho público o administrativo».

Todas estas excepciones o modulaciones de la legislación laboral, como ya hemos apuntado, «aproximan el contenido de la relación jurídica de los empleados públicos con contrato laboral a la de los funcionarios, aproximación que también se produce de hecho en virtud de los convenios colectivos firmados en el ámbito de las diferentes Administraciones Públicas, que a menudo establecen condiciones de empleo para los laborales muy semejantes a las de los funcionarios y directamente inspirada en la legislación aplicable a estos últimos».

De lo que se deriva, a juicio de la Comisión, la necesidad de que el EBEP «debería dar carta de naturaleza legal a este proceso de ósmosis o acercamiento, estableciendo una regulación común para ambos tipos de personal en múltiples aspectos y favoreciendo, en otros, que la igualdad de las condiciones de empleo para profesionales de similar categoría y especialidad se alcance a través de la negociación colectiva». De esta forma, al igual que han de existir algunas normas específicas para los funcionarios, también han de recogerse en el EBEP «otras singulares para el personal laboral, que, junto a las comunes aplicables a éste y aquéllos, configuran lo que podemos denominar una «relación laboral especial» de empleo público» (72).

No obstante, a estas alturas del análisis que hemos venido desarrollando, y a pesar de que el EBEP, como hemos comentado, no haya recogido expresamente tal caracterización del régimen jurídico del personal laboral del sector público; no parece poco razonable considerar que el Estatuto Básico viene a consolidar una relación laboral especial, en este caso de empleo público, aunque lamentablemente sólo lo sea en sentido material. De esta forma, como también señalan SEMPERE NAVARRO y LUJÁN ALCARÁZ, «formalmente la relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas es una relación laboral común, aunque materialmente presente peculiaridades a causa

(72) MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 57 y ss.

En consecuencia, la Comisión proponía que «se regulen en el Estatuto Básico del Empleado Público las peculiaridades de la relación laboral especial de empleo público, relativas a la contratación, promoción interna, derechos y deberes básicos, negociación colectiva y extinción de la relación laboral, entre otros extremos, además de las que sean aplicables en común a todos los empleados públicos, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de la legislación laboral general».

justamente de la aplicación a la misma de principios, reglas y soluciones establecidas en el EBEP» (73).

Todo ello teniendo en cuenta, además, que este sistema de aproximación de las condiciones de empleo de funcionarios públicos y personal laboral encuentra su apoyo más fuerte, como señala JIMÉNEZ ASENSIO, «en la viabilidad de su refuerzo a través de la negociación colectiva» (74).

Y, precisamente, esta articulación de las fuentes aplicables al personal laboral del sector público, cargada de ambigüedades y complejos juegos de interacción entre el EBEP y la legislación laboral, es la que plantea no pocos problemas para la aplicación del Derecho al caso concreto. La prueba más clara, y a buen seguro que no será la última, la podemos encontrar probablemente en el Auto de la Audiencia Nacional que hemos venido comentando (75).

Todo este estado de cosas no hace sino que llevarnos a una segunda conclusión, en este caso, a modo de recomendación y que se conecta, a su vez, con otro problema de fondo que aquí se plantea. Y es que, en efecto, la

(73) SEMPERE NAVARRO, A.V; LUJÁN ALCARÁZ, J.: «Objeto y ámbito de aplicación», *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de 2007*, Comares, Granada, 2008, p. 142.

El resultado final del EBEP consiste, como señalan estos autores, en «una opción legislativa por un sistema mixto, no totalmente unificado ni totalmente disgregado, del que el art. 7 del EBEP, al tratar de concretar cuál es la normativa aplicable al personal laboral, no sólo constituye la prueba más evidente (arts. 19.2, 27, 32 y 77 del EBEP), sino también la primera consecuencia. Entre la opción por un modelo uniformador y otro de separación de regímenes jurídicos, el legislador ha preferido un modelo ecléctico. La decisión parece razonable y mesurada, aunque sin duda no evitará los conflictos que tradicionalmente ha venido suscitando la dualidad de regímenes jurídicos ante prestaciones de trabajo idénticas en un mismo ámbito administrativo».

Véase también, en el mismo sentido, el trabajo de CANTERO MARTÍNEZ, J., «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de la Administración Pública», en *Estatuto Básico del Empleado Público*. Obra colectiva dirigida por Luis Ortega Álvarez, La Ley, Madrid, 2007.

(74) JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo...*, op. cit., p. 28. Como señala el autor: «En ocasiones es el propio EBEP el que «invita» al Convenio colectivo para que extienda la aplicación de un determinado ámbito también al personal laboral (por ejemplo, el artículo 92 EBEP en materia de situaciones administrativas, siempre que estas sean compatibles con la regulación del Estatuto de los Trabajadores). En otras ocasiones, el propio EBEP omite cualquier modulación entre laborales y funcionarios, lo que da a entender que la unificación del régimen jurídico se producirá vía legislación o por medio de la negociación colectiva (responsabilidad disciplinaria)».

(75) Como expresó la Comisión de Expertos (MAP: *Informe de la Comisión...*, op. cit., pp. 57 y ss.), «la mencionada tensión entre los principios del derecho laboral y del derecho administrativo ha venido siendo resuelta, no sin algunas contradicciones, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no puede dejar de tener en cuenta las exigencias de los principios constitucionales de mérito y capacidad, legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre otros, cuando de empleo público se trata».

unificación relativa de principios y normas sobre el empleo público llevada a cabo por el EBEP, carece de un correlato en el plano jurisdiccional.

A ello se une, como expresa asimismo JIMÉNEZ ASENSIO, «que quienes desempeñan las funciones jurisdiccionales (Magistrados del Contencioso-Administrativo o de lo Social) tienen una mirada parcial sobre los problemas de empleo público, mucho más sesgada por el ordenamiento jurídico que han de aplicar más que por las singularidades y especificidades del empleador (la Administración Pública)» (76).

Esta situación, como la que tenemos en presencia y así lo advierte también SÁNCHEZ MORÓN, «puede suponer que unos mismos preceptos se interpreten, quién sabe si de manera diferente, en el orden contencioso-administrativo y en el orden social. El problema, de plantearse, debería llevar a establecer soluciones novedosas para la unificación de doctrina».

Por todo ello, pensando en el futuro y para evitar nuevos conflictos interpretativos, como señala este autor, podría pensarse «en la creación de órganos judiciales especializados en materia de empleo público, que absorban todo el contencioso sobre la materia, ya afecte a personal funcionario o al personal laboral. Una solución ésta que sería similar a la que se ha arbitrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante la creación de un Tribunal de la Función Pública (Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004), que es una Sala del Tribunal de Primera Instancia especializada en la resolución del contencioso en materia de función pública de la Unión Europea» (77).

Quede ahí apuntada, pues, nuestra postura también al respecto para evitar las contradicciones que nos estamos encontrando en la jurisprudencia de nuestros Tribunales desde hace ya algún tiempo y que el EBEP, como hemos podido comprobar, tampoco ha ayudado a resolver.

Del mismo modo, al igual que señalábamos con el problema de fondo en todo este asunto, a nuestro juicio, y que no es otro que si el Gobierno

(76) JIMÉNEZ ASENSIO, R.; CASTILLO BLANCO, F.: *Informe sobre el empleo...*, op. cit., p. 28. Por ello, como señala el autor, «la existencia de un único orden jurisdiccional que conociera las reclamaciones judiciales en materia de empleo público es una necesidad objetiva que, aunque compleja en su instauración, no debería ser echada en el olvido».

(77) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Objeto y ámbito de...», op. cit., p. 52.

Mientras esa reivindicación algún día se alcanza, como deja apuntado JIMÉNEZ ASENSIO (*Informe sobre el empleo...*, op. cit., p. 28), «pudieran promoverse algún tipo de medidas previas que actuaran de filtro para no residenciar en las respectivas jurisdicciones asuntos de naturaleza menor que terminan colapsando más aún nuestros ya sobrecargados órganos jurisdiccionales. A tal efecto, la creación de algunos órganos administrativos con cierta independencia en su composición y dotados de la suficiente autoridad profesional pudiesen tal vez actuar como medios de paliar la judicialización de conflictos de personal o, al menos, como instancia de disuasión, siempre que sus resoluciones sean convenientemente motivadas y razonadas».

podía efectuar tal reducción sobre los salarios de los empleados públicos, independientemente de su vínculo jurídico. Llegamos a la conclusión de que los conceptos retributivos de los empleados públicos que han adquirido el carácter de consolidados, esto es, las retribuciones básicas que se derivan de la situación jurídica subjetiva del empleado derivada de su categoría personal y las complementarias que se manifiestan en la progresión alcanzada dentro del sistema de carrera administrativa merecen también la calificación de derechos adquiridos y que, por tanto, han de ser respetados por nuestro ordenamiento jurídico (78).

De lo que se deriva, desde nuestro punto de vista, que estos conceptos retributivos son los que el Real Decreto-ley 8/2010 debería haber respetado por su carácter de derechos consolidados y que, en suma, la forma en que se ha instrumentalizado la reducción de salarios de todos los empleados públicos, en estos conceptos retributivos, no es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Lo que parece claro, en cualquier caso, es que la tesis de la Audiencia Nacional según la cual el EBEP se aplica «muy excepcionalmente» al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, ha quedado «desmantelada», o al menos eso consideramos, después de todo lo aquí expuesto. Queda, pues, a juicio del lector extraer sus propias conclusiones y valorar, en consecuencia, el alcance que el Estatuto Básico presenta sobre el personal laboral del sector público.

(78) Como hemos señalado anteriormente, el resto de retribuciones complementarias, y en la medida que no se hayan consolidado, no pueden ser considerados derechos adquiridos ya que responden a razones organizativas y del sistema de gestión de las retribuciones de los recursos humanos en cada momento escogida y cuyos elementos retributivos, asimismo, no necesariamente han de permanecer invariables en el tiempo.

CRÓNICAS

GLOSARIO SOBRE DESARROLLO TERRITORIAL. CONFERENCIA EUROPEA DE MINISTROS RESPONSABLES EN MATERIA DE ORDENACIÓN TERRITORIAL (CEMAT)

INTRODUCCIÓN Y TRADUCCIÓN: IGNACIO PEMÁN GAVÍN(*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. GLOSARIO SOBRE DESARROLLO TERRITORIAL. CONFERENCIA EUROPEA DE MINISTROS RESPONSABLES EN MATERIA DE ORDENACIÓN TERRITORIAL (CEMAT): 1. Índice del Glosario en inglés y en español. 2. Glosario.

I. INTRODUCCIÓN

El Glosario CEMAT sobre los principales términos utilizados en las políticas de ordenación del territorio en Europa (1), se presentó en la 14ª reunión de la Conferencia Europea de Ministros responsables de la planificación, celebrada en Lisboa (Portugal), los días 26-27 de octubre de 2006 sobre «*redes para el desarrollo territorial sostenible continente europeo: puentes a través de Europa*». Posteriormente, en la 15ª reunión de la Conferencia celebrada en Moscú los días 8 y 9 de julio de 2010, se dio cuenta de su publicación en inglés y en francés que se pueden encontrar en la página web del Consejo de Europa (<http://www.coe.int/ceemat>).

El glosario CEMAT se enmarca dentro de los trabajos elaborados por la Conferencia Europea de Ministros responsables de la planificación en el seno del Consejo de Europa que se viene celebrando desde el año 1970 y puede considerarse uno de los documentos más importantes elaborados en el seno de esta Conferencia. Junto con la *Carta Europea de ordenación del territorio* –aprobada en la Conferencia celebrada en Torremolinos el 20 de mayo

(*) Traducción realizada por encargo del Consejo Europeo de Urbanistas que ha coordinado la traducción a varios idiomas dentro del marco de colaboración que mantiene con el Consejo de Europa.

(1) En su versión original, «CEMAT Glossary of key expressions used in Spatial Development Policies in Europe».

de 1983— y los *Principios Directores para el desarrollo territorial sostenible* aprobados en Hannover (Alemania) en la Conferencia celebrada los días 7 y 8 de septiembre de 2000, el Glosario aprobado en Lisboa constituye el tercer eslabón en este lento pero continuo proceso de elaboración de un marco común europeo en materia territorial y urbana.

En un primer momento, la Carta Europea de Ordenación del Territorio formuló una definición de la ordenación territorial y avanzó alguna de las cuestiones fundamentales que debía abordar la planificación territorial; por su parte, los Principios Rectores del año 2000 definieron los criterios y principios sustantivos de aplicación en la planificación territorial de los países europeos, en unos términos similares a los que en el seno de la Unión Europea había fijado la Estrategia Territorial Europea (ETE) aprobada en Postdam en el año 1999 (2); y finalmente mediante el Glosario aprobado en Lisboa se pretende aclarar aquellos términos y expresiones de uso común en las políticas territoriales.

En efecto, dentro de esta progresiva andadura que ha venido constituyendo la creación de un marco común en el espacio territorial europeo, el Glosario constituye el primer intento de aclarar una terminología que no siempre tiene en los diferentes Estados una misma acepción o alcance. El Glosario responde, por tanto, a la necesidad de aclarar una serie de expresiones específicas y conceptos propios de las políticas de desarrollo territorial. Todo ello, con el fin de contribuir a una comunicación más fluida entre profesionales de los Estados miembros por lo que, tal como señala la presentación introductoria, el Glosario está destinado «a responsables, profesionales y representantes de la sociedad civil interesados en las diferentes modalidades de planificación territorial».

El Glosario comprende 68 conceptos y expresiones de muy diversa naturaleza y alcance como fiel reflejo del carácter multidisciplinar de la ordenación territorial. Entre las 68 expresiones se encuentran términos que hacen referencia a cuestiones organizativas, como niveles administrativos, servicios públicos, gobernanza, gestión urbanística, cooperación pública-privada o asociación/cooperación; términos que integran la disciplina de geografía rural o urbana, tal como área metropolitana, región metropolitana, área rural o suburbanización; términos que integran la disciplina del urbanismo, como pueden ser zona urbana, diseño urbano, urbanización, urbanismo, renovación urbana,

(2) Dentro de la Unión Europea se propició a partir del 1989 la celebración de reuniones informales de forma paralela a las Conferencias «CEMAT» con el antecedente del Fondo Europeo de Desarrollo Regional que desarrolló una política regional comunitaria con el objeto de corregir los principales desequilibrios de las diferentes Regiones. Estas reuniones fructificaron y la Conferencia celebrada en Postdam en el año 1999, aprobó la denominada Estrategia Territorial Europea. Se trata de un documento casi coetáneo con el aprobado por el CEMAT y responde a criterios muy similares.

planificación de los usos o, en fin, expresiones propiamente medioambientales como evaluación estratégica del impacto ambiental o el término paisaje.

Como puede apreciarse, el Glosario no se limita a cuestiones propias de la ordenación del territorio sino que también incluye términos relativos a la planificación y gestión urbana. Se trata de una perspectiva que resulta de interés resaltar por su relevante significado en la paulatina aproximación que se viene produciendo en la última década a las cuestiones urbanas desde las instituciones europeas y ello a pesar de la falta de competencias expresas sobre esta materia por parte de la Unión Europea.

En efecto, la inclusión de la cuestión urbana dentro de las políticas europeas se ha llevado a cabo en los últimos años y ello como consecuencia de la convergencia de tres líneas de actuación que confluyen en la ciudad: a) por una parte, la cohesión territorial exige como eje fundamental un sistema urbano equilibrado europeo y por tanto la definición de un modelo urbano (3); b) en segundo lugar, la ciudad ha ido adoptando un protagonismo cada vez mayor dentro de las políticas económicas de manera que entre el 30 y el 40% del importe de las acciones de apoyo del Fondo Regional en zonas del objetivo 1 se aplica en áreas urbanas (4); y c) por último, en la política medioambiental el fenómeno urbano resulta esencial dada la relevancia medioambiental de determinados servicios (transporte, ahorro del agua, o reciclaje de residuos... etc.) que a su vez afectan al propio modelo de ciudad, de ocupación del nuevo suelo o la necesidad de apostar por políticas de recuperación de suelos antropizados (5).

(3) El Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 dio un paso decisivo en la integración de la planificación territorial dentro de las competencias de la Unión Europea, al modificar el art. 158 e incluir la cohesión territorial como objetivo de la Unión Europea, junto a la cohesión económica y social. De acuerdo con el artículo 174 de la versión consolidada del Tratado el desarrollo equilibrado de la Unión se llevar a cabo mediante la acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.

(4) Apartado 2.2.- de la Estrategia Territorial Europea: Las Políticas comunitarias con efectos territoriales. En concreto, dentro del apartado 2.2.1 titulado Política comunitaria de competencia.

(5) Dentro del Sexto programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio ambiente se establecen siete estrategias temáticas y una de ellas se refiere al medio ambiente urbano, cuya política define la Comunicación de la Comisión de 11 de febrero de 2004 bajo el título «Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano posteriormente desarrollada en Enero de 2006 Dicha estrategia establece cuatro líneas de actuación que afectan directamente a cuestiones estrictamente urbanísticas, como es la gestión de las ciudades, la construcción, el urbanismo y el transporte. Dicha Estrategia resalta aspectos tan importantes para el modelo de ciudad, como los problemas medioambientales derivados la expansión urbana (crecimiento de las ciudades hacia zonas rurales limítrofes, con la creación de viviendas de baja densidad y el aumento de los problemas de transporte) el elevado número de terrenos abandonados y propiedades vacías o la necesidad de multiplicar y proteger los espacios verdes

En consecuencia, la inclusión dentro del Glosario territorial de un amplio elenco de términos que integra claramente la planificación y gestión urbana, únicamente puede entenderse como reflejo de este progresivo interés de las instituciones europeas por el fenómeno urbano en la medida en que afecta de forma importante a políticas europeas tan relevantes como el desarrollo regional o la política medioambiental y, por tanto, como un eslabón nuevo en este paulatino pero sólido avance hacia un efectivo ejercicio de competencias sobre esta materia.

Por último, tres últimas puntualizaciones de carácter formal. En primer lugar, resaltar que la estructura de cada término del glosario resulta heterogénea pues en algunos casos no se limita a explicar su sentido semántico sino que también incluye una explicación concreta de su funcionamiento en el contexto europeo. En estos casos la explicación adicional se encuentra en cursiva con una evidente intención de diferenciar la definición del término del diagnóstico territorial. En segundo lugar, señalar que se ha conservado el orden alfabético original en inglés (también en la versión francesa se conserva este orden alfabético) y para mayor claridad sobre la ubicación de cada término se incluye un índice bilingüe. Y, por último, aclarar que el formato actual del glosario no puede ser considerado como un producto «final» dado que, tal como puntualiza la propia presentación en su versión original, se pueden añadir en el futuro otros conceptos y expresiones de acuerdo con las demandas específicas y las tendencias de las actividades de desarrollo territorial.

II. GLOSARIO SOBRE DESARROLLO TERRITORIAL. CONFERENCIA EUROPEA DE MINISTROS RESPONSABLES EN MATERIA DE ORDENACIÓN TERRITORIAL (CEMAT)

1. Índice del Glosario en inglés y en español

Glosario

Accesibilidad
 Nivel administrativo
 Área urbana abandonada
 Parque de actividades terciarias.
 Enfoque integral de la planificación
 Conectividad
 Conurbación
 Cooperación interregional, transnacional, transfronteriza
 Itinerarios Culturales
 Áreas en declive
 Regiones desfavorecidas
 Desarrollo endógeno

Glossary

Accessibility
 Administrative level
 Brownfield land
 Business park
 Comprehensive spatial development approach
 Connectivity
 Conurbation
 Cross-border, transnational, interregional co-operation
 Cultural routes
 Derelict area
 Disadvantaged regions
 Endogenous development

Planificación Ambiental	Environmental planning
Evaluación de impacto ambiental	Environmental impact assessment
Eurocorredor (o corredor europeo)	Eurocorridor
Área urbana funcional	Functional urban area
Ciudades Portal	Gateway cities
Nivel político	Governmental level
Gestión integrada del litoral	Integrated coastal management
Planificación Integrada	Integrated planning
Gestión del suelo	Land management
Paisaje	Landscape
Paisajismo	Landscape planning
Políticas del Paisaje	Landscape policies
Planificación del uso del suelo, la zonificación	Land-use planning, zoning
Área Metropolitana / Región Metropolitana /	Metropolitan region / Metropolitan
Riesgos naturales / desastres naturales	areaNatural risk / Natural hazard / Natural disaster
Planificación participativa	Participatory planning
Asociación / cooperación	Partnership /cooperation
Regiones periféricas	Peripheral regions
Áreas periurbanas	Peri-urban areas
La planificación física del territorio	Physical planning
Estructura espacial policéntrica / desarrollo territorial policéntrico	Polycentric spatial structure / Polycentric spatial development
Cooperación Público-Privada	Public-private partnership
Servicios públicos	Public services
Región	Region
Desarrollo regional u ordenación del territorio (a nivel regional)	Regional development / Regional planning
Gestión de cuencas fluviales	River basin management
Área Rural / Campo	Rural area / Countryside
Desarrollo Rural	Rural development
Área de Desarrollo Rural	Rural development pole
Desarrollo territorial, política de desarrollo territorial	Spatial development, Spatial development policy
Proyectos de desarrollo territorial	Spatial development projects
Ordenación del territorio	Spatial planning
Evaluación estratégica del impacto ambiental	Strategic environmental impact assessment
Suburbanización	Suburbanisation
Desarrollo territorial sostenible	Sustainable spatial development
Evaluación de la Sostenibilidad	Sustainability assessment
Riesgos tecnológicos	Technological risk / Technological hazard
Tecnópolis / Centro de Tecnología / Parque Tecnológico/ Parque de la Ciencia	Technopole / Technology centre / Technology park / Science park
Cohesión territorial	Territorial cohesion
Cooperación territorial	Territorial cooperation
Desarrollo Territorial	Territorial development
Gobernanza territorial	Territorial governance
Potencial territorial	Territorial potential
Evaluación de impacto territorial	Territorial impact assessment
Ordenación de las ciudades y de los espacios rurales	Town and country planning

Área Urbana consolidada	Urban areas
Urbanización	Urbanisation
Desarrollo Urbano	Urban development
Diseño urbano	Urban design
Ecosistema Urbano	Urban ecosystem
Gestión Urbana	Urban managemen
Urbanismo	Urban planning
Renovación urbana/ regeneración urbana/ revitalización urbana/ rehabilitación urbana/	Urban renewal / Urban regeneration / Urban revitalisation / Urban rehabilitation / Urban
restauración urbana	restoration
Cooperación urbana-rural	Urban-rural partnerships
Desarrollo difuso	Urban sprawl
Estructuras urbanas / estructuras de asentamientos urbanos	Urban structure / Settlement structure

2. GLOSARIO

Accesibilidad

Por accesibilidad se entiende la facilidad con la que se puede alcanzar un destino. Además de la accesibilidad geográfica a través de las infraestructuras relacionadas con el transporte, la conectividad contribuye, a través del uso de sistemas de telecomunicaciones avanzadas, a mejorar la accesibilidad virtual de las regiones.

La accesibilidad depende de la extensión y la calidad de la infraestructura del transporte y de los servicios. Las personas que viven en lugares muy accesibles pueden llegar rápidamente a un gran número de destinos, mientras que los que viven en lugares con peor accesibilidad pueden llegar a menos lugares en el mismo tiempo. El desarrollo de los sistemas de telecomunicaciones ha conllevado una nueva forma de accesibilidad virtual, que desempeña un papel vital en el impulso de las potencialidades del desarrollo territorial. El grado de accesibilidad es un factor muy importante del desarrollo territorial, en particular en el contexto actual de la globalización.

Ver también: «Conectividad».

Nivel administrativo

Los niveles administrativos corresponden a las unidades administrativas de carácter territorial con independencia de la existencia de órganos de gobierno elegidos.

En los diferentes países europeos, por lo general hay tres o cuatro niveles la administración. A menudo se da la circunstancia de que las administraciones estatales y las descentralizadas (regional, municipal) coexisten en algunos niveles.

En caso de que existan diversos niveles administrativos dentro del mismo nivel político (órganos elegidos), suelen estar organizados jerárquicamente.

Véase también «nivel político».

Zona abandonada industrial y/o urbana

Una zona industrial abandonada y/o urbana es un terreno utilizado para fines industriales o comerciales, que pueden haber sido contaminados por concentraciones de residuos peligrosos o por alguna fuente de contaminación y que una vez que saneado resulta susceptible de ser explotado de nuevo (6). A veces el concepto de zonas industriales también se utiliza para designar sitios obsoletos que en el pasado fueron ocupados, pero no están necesariamente contaminados.

Por lo general, existen áreas abandonadas en las zonas industriales de una ciudad, en suelos ocupados por fábricas o edificios comerciales abandonados u otros sitios ocupados en el pasado por actividades contaminantes. También se encuentran en muchas zonas residenciales con pequeños terrenos abandonados ocupados anteriormente por establecimientos de tintorerías, estaciones de servicio, etc. Mientras que durante décadas muchas áreas industriales abandonadas han permanecido en desuso, hoy día se plantea su descontaminación y rehabilitación para otros usos, ya que la demanda de suelo urbanizable no cesa de crecer.

Véase también «área abandonada».

Parque de actividades terciarias

Un parque o área de negocios es un área donde se agrupan un conjunto de oficinas y edificios comerciales (7). Estos parques empresariales, que reúnen actividades terciarias diferentes de las zonas industriales (de producción) o los parques científicos (donde se concretan las actividades investigación y desarrollo).

Los parques de actividades empresariales se encuentran generalmente en áreas suburbanas situados en los lugares más accesibles desde la red de carreteras de una gran metrópoli.

(6) Ibid.

(7) Ibid.

Enfoque integral de la planificación

Un enfoque global de la ordenación territorial considera todos los factores que pueden influir en el desarrollo una zona determinada, con independencia de su naturaleza (factores naturales tales como cambio climático y riesgos naturales; las actividades humanas, tales como las relacionadas con la inversión privada; o los comportamientos sociales y culturales, las políticas gubernamentales en sectores diversos, etc.). Dicha modalidad de planificación tiene por específico objetivo alcanzar la coherencia de las políticas sectoriales que tienen un evidente impacto en el territorio a fin de garantizar la cohesión territorial de la mejor manera posible y evitar las debilidades como la falta de sinergia, el uso insatisfactorio de los recursos y una transformación del espacio que va en contra de la tendencia deseada del territorio.

Véase también «Desarrollo Territorial», «Desarrollo Territorial sostenible».

Conectividad

La conectividad de un asentamiento urbano o de un lugar determinado está en relación con el número, naturaleza y capacidad de los enlaces de transporte y (Tele) comunicaciones, con otros asentamientos urbanos y con las grandes redes de comunicación.

El grado de conectividad no sólo depende de la proximidad a las grandes redes de transporte y comunicaciones, sino también y sobre todo a la proximidad con puntos de acceso a estas redes (estaciones de tren, entradas de carreteras). El concepto de conectividad se aplica a las redes de telecomunicaciones y transportes.

Véase también «Eurocorredor», «Accesibilidad».

Conurbación

Una conurbación es una agregación o continuo urbano de asentamientos urbanos fusionados geográficamente debido a su crecimiento demográfico y a su extensión. Es una forma policéntrica de aglomeración (8).

La proximidad geográfica y la continuidad de los espacios edificados y la correlativa inexistencia de espacios libres intersticiales son una condición necesaria para su consideración como conurbación. Las conurbaciones surgieron, con carácter general, como consecuencia de la Revolución Industrial durante la cual los centros urbanos se localizaron en zonas ricas en materias primas (minería por ejemplo). También se desarrollaron a lo largo de la costa (entre la costa y las montañas del interior).

(8) Cf. Free Encyclopedia Wikipedia.

Cooperación interregional, transnacional, transfronteriza

La cooperación territorial entre autoridades locales y regionales constituye un aspecto esencial de la integración europea. Su objetivo es suprimir los efectos negativos de las fronteras nacionales sobre la ordenación territorial. Cabe distinguir diferentes tipos de cooperación en función de su escala territorial:

– **Cooperación transfronteriza** tiene lugar entre zonas situadas a ambos lados de una frontera ubicadas a distancias relativamente cortas. Incluye todo tipo de actividades propias del funcionamiento normal de los entes locales y regionales, tales como el desarrollo económico, la ordenación territorial, el turismo y ocio, la formación, el transporte, la protección del medio ambiente, etc. Incluye áreas como las euroregiones y en algunos casos, zonas donde **convergen** más de dos Estados (Saar-Lor-Lux o la región del Rin por ejemplo).

– **Cooperación transnacional** es una modalidad de cooperación territorial más reciente que trasciende las fronteras nacionales para abarcar grandes zonas (región del Arco Atlántico, del Mar Báltico, Mediterráneo Occidental, etc). Se centra fundamentalmente en algunos temas estratégicos tales como las redes de áreas metropolitanas, el apoyo a la economía marítima de las zonas costeras, la mejora integral de la accesibilidad, las medidas a gran escala relacionadas con la puesta en valor del patrimonio cultural y naturales, etc.

– **Cooperación interregional** tiene un carácter temático y tiene por objetivo asociar regiones de diferentes países, lejanas entre sí y en general sin continuidad territorial. Puede incluir la transmisión de «know-how» y de experiencias, la mejora conjunta de técnicas y metodologías que contribuyan al desarrollo regional o las empresas, el fomento del turismo a gran distancia, etc. Se pueden incluir regiones dentro de un Estado, con o sin continuidad territoriales.

Itinerarios Culturales

Los itinerarios culturales conectan aspectos importantes del patrimonio y de las tradiciones que reflejan determinados episodios o períodos de la historia europea. También incluyen dinámicas espaciales y virtuales ajenas al paisaje cultural, ya que éste es de naturaleza más estática y restrictiva.

El programa de itinerarios culturales del Consejo de Europa es un instrumento utilizado para interpretar los valores europeos que han surgido de la complejidad de las culturas y comunidades que conforman Europa. Se elabora sobre temas representativos de los valores europeos que, además, son comunes a varios países europeos. Estos temas son tratados por equipos multidisciplinarios pertenecientes a varios Estados miembros y son objeto de una serie de proyectos de cooperación multilateral. Ejemplos de rutas culturales: caminos de peregrinos, rutas de influencia monástica, rutas celtas, lugares, vías y

monumentos Hanseáticos, arquitecturas fortificadas militares en Europa, etc. Estas rutas son importantes para el desarrollo del turismo cultural (9).

Zonas en declive

Las zonas en declive son áreas (generalmente urbanas) que han sufrido un declive económico significativo, donde las empresas industriales o están en declive o han cerrado, donde las tiendas y las casas están cerradas, los almacenes vacíos, calles casi vacías durante la noche y caracterizadas por un medio ambiente degradado. A veces se encuentran también contaminadas y pueden ser consideradas también como áreas industriales abandonadas (brown-fields sites). Se trata de una causa importante de la degradación del medio ambiente en las zonas urbanas.

Véase también «Área industrial abandonada».

Regiones desfavorecidas

Las zonas desfavorecidas son regiones con un relativo bajo nivel de desarrollo económico. Este retraso económico puede resultar de su situación geográfica, especialmente regiones distantes o periféricas, o de sus condiciones climáticas o naturales (regiones polares o regiones afectadas por la sequía, o regiones montañosas), de sus factores demográficos (incluidas las regiones pobladas con extrema baja densidad, regiones afectadas por la emigración) y las limitaciones de accesibilidad (regiones insulares, regiones sin buena conexión con eficientes centros de transporte). También se consideran a menudo como regiones desfavorecidas las regiones caracterizadas por estructuras económicas obsoletas (antiguas regiones industriales que necesitan llevar a cabo una reconversión económica).

Las políticas de desarrollo regional se dirigen fundamentalmente a regiones desfavorecidas y las apoyan a través de medidas dirigidas al desarrollo de sus infraestructuras, a asegurar el desarrollo tecnológico, a promover la formación y cualificación profesional y a potenciar las actividades económicas.

Desarrollo Endógeno

El desarrollo endógeno es una forma específica de desarrollo económico basado principalmente en los recursos internos de un territorio determinado. Estos incluyen los recursos naturales y materias primas, las habilidades, el Know-How, la capacidad de innovación, la producción local específica (la agricultura, la silvicultura, la artesanía, la industria local), los factores de atracción para

(9) Véase el Programa de Itinerarios Culturales del Consejo de Europa.

el uso residencial y turístico (condiciones climáticas, el patrimonio cultural y los paisajes naturales, equipamiento y estructuras atractivas).

El desarrollo endógeno se opone (o complementa), al desarrollo exógeno que a su vez se funda en inversiones realizadas por empresas extranjeras (de otro Estado o de otra Región).

Planificación Ambiental

La planificación ambiental es una disciplina relativamente nueva orientada a coordinar la planificación urbana/ regional con las cuestiones ambientales (10). La planificación ambiental incluye tanto zonas urbanas / metropolitanas como zonas rurales o naturales. La planificación ambiental tiene en cuenta un amplio espectro de la regulación ambiental desde la Unión Europea hasta el nivel local.

La expresión más común de la planificación ambiental es la evaluación del impacto ambiental de los proyectos y programas sobre el uso del suelo, el desarrollo económico, el transporte, el desarrollo inmobiliario, el aire, el ruido, el agua, los humedales, las especies en peligro de extinción y los hábitats, los ecosistemas, las zonas inundables, zonas costeras, aspectos visuales, etc.

Evaluación de impacto ambiental

La evaluación ambiental es un análisis de los efectos probables que un proyecto puede tener sobre los ecosistemas, la salud humana y los «servicios de la naturaleza». Los principales impactos que se analizan son los siguientes: efectos sobre la contaminación del suelo, los efectos sobre la contaminación atmosférica, los efectos del ruido en la salud, los impactos ecológicos, que incluyen una evaluación de las especies en peligro de extinción, los riesgos geológicos y las consecuencias de la contaminación de las aguas.

La Directiva de la Unión Europea sobre las Evaluaciones de impacto Ambiental (EIA) fue aprobada en 1985 y modificada en 1997 y 2003. El procedimiento de EIA se asegura de que los efectos medioambientales de los proyectos sean identificados y evaluados antes de su aprobación. El público en general puede dar su opinión y todos los resultados se tienen en cuenta en el procedimiento de autorización del proyecto. La decisión adoptada se hace pública posteriormente.

Véase también «evaluación estratégica del impacto sobre el medio ambiente».

(10) Véase la enciclopedia libre Wikipedia para el término (planificación del medio ambiente).

Eurocorridor (o corredor paneuropeo)

Eurocorridor es un espacio de carácter lineal que conecta las principales ciudades a través de varias fronteras nacionales. Se trata de un área de fuerte dinamismo y de gran amplitud espacial dentro de una Europa cuyas fronteras son cada vez más transparentes. Se pueden distinguir cuatro dimensiones interrelacionadas dentro de los eurocorredores: infraestructuras y los transportes (principalmente las redes trans-Europeas), la urbanización, el desarrollo económico y ambiental sostenible.

El fuerte dinamismo de los eurocorredores es más cada vez más complejo, ya sea en un sentido espacial o político. Por ejemplo, los conflictos políticos pueden surgir de las tensiones entre la construcción de infraestructuras y espacios económicos de una parte, y de otra parte, el medioambiente, el paisaje y las zonas rurales existentes en su origen. Esto demuestra lo necesario que es llevar a cabo una planificación que permita una toma de decisiones de alta calidad en el desarrollo de los eurocorredores.

Área urbana funcional

El área urbana funcional es el área de influencia de una ciudad. Por lo general se determina sobre la base de datos estadísticos (flujo de viajeros, por ejemplo).

La mayoría de los Estados europeos han definido Áreas Urbanas Funcionales (FUA) o conceptos similares, tales como viajes a áreas de trabajo, zonas de desplazamientos domicilio/trabajo o regiones urbanas funcionales. En el contexto del Programa ESPON, se han tratado de identificar y delimitar las zonas urbanas funcionales a nivel europeo mediante el uso de estadísticas armonizadas (11).

Ciudades Puerta

Las ciudades puerta son los principales puntos de entrada en Europa, por lo general, los principales puertos y/o aeropuertos y también los lugares de ferias-exposiciones y centros culturales que pueden servir como punto de atracción de turistas internacionales.

La supresión de las fronteras nacionales en el seno de la Unión Europea y sus ampliaciones ha creado nuevas oportunidades. Ciudades y áreas metropolitanas ubicadas en la periferia del país o conectadas con países no pertenecientes a la UE, pueden desempeñar un nuevo papel como ciudades de entrada en

(11) Véase estudio ORATE 1.1.1. «La función, la situación específica y las posibles áreas nodos urbanos, así como el «desarrollo policéntrico, coordinado por Nordregio. Informe final de 2004.

el seno de las redes policéntricas. Para ello, deben estar conectadas a las redes transeuropeas. Las «ciudades-puerta» mundiales son grandes aglomeraciones urbanas, que integran a menudo más de una ciudad y que pueden ofrecer bienes y servicios a escala internacional. Estas ciudades ofrecen, al tiempo de tener un cierto tamaño, excelentes comunicaciones (unidas a la presencia conjunta de terminales internacionales aéreas y ferroviarias), redes de TIC de calidad, lo que permite crear un contexto de un alta concentración de conocimientos y calidad de I + D (por lo general en forma de universidades y centros de investigación), lo que contribuye a un potencial de investigación punta y a la formación de una fuerza de trabajo altamente cualificados. Teniendo en cuenta estos puntos fuertes, las ciudades-puerta disponen de medios necesarios para atraer inversiones internacionales y exportar bienes y servicios.

Nivel político

Los niveles políticos corresponden a las unidades territoriales y administrativas donde existe un órgano elegido con su propia administración.

En los países descentralizados, hay normalmente tres o cuatro niveles políticos mientras que en los países centralizados, no hay más que dos niveles (nacional y local).

Véase también el «nivel administrativo», «La gobernanza territorial».

Gestión integrada del litoral

Un enfoque territorial participativo e integrado es esencial para garantizar que la gestión de las zonas costeras de Europa sea sostenible económica y ambientalmente, además de que fomente la cohesión social. Debe tener en cuenta demandas conflictivas de la sociedad en materia de productos y servicios debiendo tomar en consideración intereses presentes y futuros. Su objetivo es principalmente:

- Fortalecer la gestión del sector para mejorar la formación, la legislación y los recursos humanos;
- Preservar la diversidad biológica de los ecosistemas costeros mediante la prevención de la destrucción del hábitat, la contaminación y la sobreexplotación;
- Promover el desarrollo racional y la explotación sostenible de los recursos costeros.

Las zonas costeras son de importancia estratégica. Albergan un porcentaje significativo de la población europea, producen una parte importante de alimentos y materias primas, y constituyen centros vitales de transporte y comercio; Además en ellas se ubican algunos de los hábitats más valiosos y son destinos preferidos para el ocio y turismo.

Sin embargo, se enfrentan a problemas graves de destrucción hábitats, contaminación del agua, erosión costera y agotamiento los recursos. Este agotamiento de los recursos (incluidos los límites del espacio geográfico) lleva a menudo a incompatibilidades entre usos, como por ejemplo entre la acuicultura y el turismo. Las zonas costeras sufren graves problemas sociales, económicos y culturales, así como el debilitamiento del tejido social, la marginación, el subempleo y la destrucción del suelo por la erosión. Al nivel de la Unión Europea se desarrolla un programa de gestión integrada.

Véase también «Planificación Integrada».

Planificación Integrada

A diferencia de la planificación sectorial, la planificación integrada es un proceso que consiste en coordinar los contenidos de las planificaciones sectoriales en sus diferentes niveles con el fin de adoptar decisiones estratégicas bajo una visión general de los recursos y su impacto. Sirve como referencia a las iniciativas institucionales y para la asignación de los recursos. En el marco de la planificación integral (o global), los derechos económicos, sociales, ecológicos y culturales se valoran de forma conjunta para adoptar las decisiones sobre los usos del suelo que permitan garantizar el desarrollo sostenible del territorio.

Gestión del suelo

La gestión del suelo se puede definir como el proceso de explotación y desarrollo del suelo de forma sostenible (12).

Dado que el suelo es explotado para fines muy diversos, que pueden influirse mutuamente o incluso oponerse, el uso del suelo se debe planificar y gestionar de manera integrada. Se encuentra estrechamente relacionado con la planificación urbanística y la ordenación del territorio. También puede incluir la creación de reservas de suelo (Adquisición de terrenos por los poderes públicos para facilitar el futuro uso del suelo tales como la protección de espacios naturales o la puesta en valor del suelo para fines específicos como la vivienda o infraestructuras).

Paisaje

De acuerdo con el Convenio Europeo del Paisaje, «el paisaje es un área tal como la percibe el hombre, cuyas características son el resultado de la acción e interrelación de los recursos naturales y/o humanos» (13).

(12) Véase la enciclopedia libre Wikipedia para el término Gestión del suelo).

(13) El Convenio Europeo del Paisaje del Consejo de Europa entró en vigor en 2004.

Los Principios directores precisa que (14) «Europa se compone de una pluralidad de paisajes. y Constituyen una parte importante de la herencia europea y son testimonio de las relaciones del hombre con su entorno natural a lo largo de la historia. La evolución de las técnicas de producción en la agricultura, la selvicultura y la industria así como los cambios en la planificación urbana, transporte, infraestructura, turismo y las prácticas de ocio han dado lugar a una aceleración de la transformación de los paisajes europeos, que pueden conllevar un deterioro de su calidad. No se trata sólo de los paisajes de gran valor natural, sino también de todas las categorías de paisajes culturales, en particular los que son parte del entorno urbano».

Paisajismo

El paisajismo es una actividad —realizada tanto por profesionales públicos como privados—, que tiene por objetivo crear, mantener, mejorar y restaurar paisajes a diferentes escalas, desde las vías naturales y parques públicos a áreas más grandes tales como los bosques, extensas áreas silvestres y los sitios degradados como los yacimientos de minas o vertederos.

El paisaje incluye diversos campos del conocimiento como la arquitectura paisajista y el diseño, la conservación de la naturaleza, el conocimiento de la flora y los ecosistemas, la geología, la hidrología, los paisajes culturales, etc. Las disposiciones de la Convención Europea de Paisaje son importantes directrices para el contenido y los procedimientos de la planificación del paisaje.

Ver también «Paisaje», «la política del paisaje».

Políticas del Paisaje

De acuerdo con el Convenio Europeo del Paisaje, «la política del paisaje expresa el conjunto de principios, estrategias y directrices generales formuladas por las autoridades públicas competentes para la adopción de medidas especiales encaminadas a la protección, gestión y desarrollo Paisaje».

Bajo este título general, se pueden identificar diferentes tipos de políticas:

- La Convención Europea del Paisaje establece que:
- «La protección del Paisaje incluye acciones para conservar y mantener los aspectos significativos de un paisaje, justificada por su valor patrimonial que deriva de su configuración natural y/o intervención humana;

(14) Principios Rectores para el Desarrollo Territorial Sostenible del Continente Europeo, CLS, de 2000.

- La gestión del Paisaje incluye las acciones, adoptadas desde la perspectiva de un desarrollo sostenible, encaminadas a conservar el paisaje a fin de guiar y armonizar las transformaciones inducidas por los cambios sociales, económicos y ambientales;
- El paisajismo implica adoptar acciones con una fuerte visión de futuro, particularmente para la puesta en valor, la restauración o el diseño del paisaje».
- De acuerdo con las Directrices, *«la política de desarrollo puede contribuir a la protección de los paisajes, su gestión y su planificación mediante la adopción de medidas adecuadas, en particular para una mejor coordinación de las distintas políticas sectoriales en relación con su impacto sobre el espacio»*. Entre las diversas medidas adoptadas a este fin, incluye la integración del paisaje en la planificación y en las políticas sectoriales, el estudio y evaluación global de los paisajes, la puesta en práctica de políticas integradas, la consideración de la protección del paisaje en los programas internacionales y en la cooperación transnacional, el fortalecimiento de la conciencia pública, tanto en organizaciones privadas como en autoridades públicas, sobre los valores del paisaje, y la mayor integración del paisaje en los programas de formación.

Planificación del uso del suelo, la zonificación

La planificación del uso del suelo es un ámbito de las políticas públicas que abarca varias disciplinas con el fin de organizar y regular la ocupación eficiente de del suelo (15). Ello significa el uso ordenado, estético y científico del suelo, de los recursos, equipamientos y servicios para asegurar una adecuada eficiencia ambiental, social, económica, geográfica así como un bienestar y salud públicas de las comunidades rurales y urbanas.

La zonificación es una parte esencial de la planificación del suelo. Por lo general incluye el tipo de actividades adecuadas para determinados suelos (tales como parques, áreas residenciales, agrícolas, comerciales o industriales), la densidad de las actividades que se puede realizar, la cantidad de espacio que las diferentes estructuras pueden ocupar, etc.

Metropolitana / Área Metropolitana

Un área metropolitana es un sistema de asentamientos consistente en una gran ciudad (y los suburbios) y sus zonas de influencia, que puede compren-

(15) Véase la enciclopedia libre Wikipedia.

der varias ciudades de diferente (16) tamaño. Estas áreas colindantes suelen denominarse «periferia urbana». Los espacios intersticiales forman también parte del área metropolitana.

Región Metropolitana

Una Región metropolitana es considerada normalmente como una región (en el sentido administrativo o geográfico), dominada por un área metropolitana importante. En términos físicos, es más amplia que un área metropolitana, pero según algunas interpretaciones, tienen similar sentido

Peligros naturales / desastres naturales

Muchos fenómenos naturales son un riesgo para la vida y para el entorno construido y natural, ya que amenazan la vida humana y animal y puede causar graves daños al hábitat. Por lo tanto, los asentamientos humanos deben ser protegidos en la medida posible frente a los peligros naturales a través de medidas preventivas apropiadas.

Dependiendo de su intensidad, sus efectos y el daño que causa, estos eventos (o riesgos) pueden ser considerados como desastres naturales. Un desastre natural es por tanto la consecuencia de la acción combinada de un peligro natural y las actividades humanas (17).

Los principales riesgos naturales son las avalanchas, las sequías, los terremotos, las inundaciones, los corrimientos de tierra, las erupciones volcánicas, los maremotos, los tornados, los ciclones, los incendios forestales, etc.

En las últimas décadas, ha habido una multiplicación y un empeoramiento de los desastres naturales. Se pueden reducir los riesgos en gran medida a través de acciones destinadas a mitigar y reducir los desastres a través del uso de tecnologías modernas, previsión del tiempo, el desarrollo de sistemas de alerta anticipada y la mejora de la planificación del uso del suelo y los hábitats, y mediante el uso de prácticas de construcción más seguras.

Planificación participativa

La planificación participativa es una forma específica de planificación que se lleva a cabo por los poderes públicos principalmente a nivel local y que permite a los ciudadanos participar en el proceso de planificación.

(16) Ibid.

(17) Ibid.

La forma más común de la planificación participativa es la consulta a la población durante los trámites de aprobación los proyectos, antes de su aprobación formal. Se emplean también formulas más creativas tales como talleres, debates públicos, etc. Internet juega un papel creciente en la planificación participativa, ya sea mediante la difusión de información sobre los proyectos de desarrollo o por el uso de sistemas de comunicación interactiva.

Asociación / cooperación

La Gobernanza en la planificación de políticas territoriales ha cambiado considerablemente en las últimas décadas para responder a los nuevos retos con mayor eficacia. Si en el pasado los gobiernos territoriales eran esencialmente de naturaleza jerárquica, una serie de factores han llevado a la adopción de enfoques más flexibles en las que la cooperación y el asociacionismo, desempeñan un papel más importante, en particular en las siguientes áreas:

- Las relaciones verticales y horizontales dentro de los servicios administrativos responsables de la ordenación del territorio y de las políticas sectoriales con impactos en el territorio, que han reemplazado a las relaciones autoritarias y permiten mejorar la coherencia de las políticas del gobierno con el objeto de producir un valor añadido en la cohesión territorial y sostenible;
- Las relaciones entre la Administración y las organizaciones representativas de la sociedad civil, encaminadas a fomentar la adhesión de la sociedad civil a los objetivos de la planificación, para armonizar las políticas con las decisiones privadas, en particular en el ámbito de las inversiones y para mitigar los posibles conflictos de intereses;
- Relaciones entre las zonas urbanas y rurales para fortalecer el desarrollo rural a través de los servicios prestados por las entes urbanos, aliviar la presión que las áreas metropolitanas ejercen sobre las zonas rurales circundantes y ofrecer funciones complementarias en las relaciones urbano-rural de carácter sostenible;
- Las relaciones transfronterizas y transnacionales a fin de armonizar la planificación de ambos lados de la frontera nacionales.

Regiones periféricas

Las regiones periféricas son zonas alejadas de los principales centros urbanos y económicos, ya sea dentro de un Estado, o del continente europeo. Las regiones periféricas en general tienen un menor potencial económico y peor accesibilidad que las regiones centrales. Las políticas regionales de ordenación se interesan especialmente por las zonas periféricas.

Áreas periurbanas

Las zonas peri-urbanas constituyen espacios de transición de lo estrictamente rural a lo urbano. Constituyen a menudo una conexión directa «Ciudad-campo» y, pueden finalmente evolucionar para convertirse en zonas plenamente urbanas. Son lugares donde la población juega un papel fundamental: constituyen entornos habitados.

La mayoría de las áreas periurbanas se localizan en espacios limítrofes con las zonas verdaderamente urbanas, pero pueden también estar constituidas por un conjunto de asentamientos residenciales dentro de paisajes rurales. Las zonas periurbanas derivan a menudo de procesos de suburbanización o urbanización difusa.

Véase también «suburbanización».

La planificación física del territorio

La planificación física está estrechamente vinculada con la planificación de usos del suelo, con la planificación urbana, la planificación del transporte, el paisajismo, las normas de edificación, etc. Abarca las actividades y proyectos que afectan a la estructura geográfica y al medio ambiente de las ciudades y sus entornos (en contraposición a la planificación económica o de actividades sociales).

Estructura espacial policéntrica / desarrollo territorial policéntrico

Una estructura espacial policéntrica es una modalidad morfológica del sistema de asentamientos. Supone la existencia de varias ciudades de tamaño similar y cercanas entre sí que responden a diferentes niveles de la jerarquía urbana, a diferencia de aquellas otras situaciones en las que un centro urbano único domina todos los niveles e incluso elimina los niveles urbanos intermedios. El principio de estructura y desarrollo policéntrico espacial se puede aplicar a diversas escalas geográficas, desde el nivel regional al europeo.

El concepto de desarrollo territorial policéntrico, fue introducido en el debate europeo sobre políticas territoriales, por la Estrategia Territorial Europea (ETE) y se incluyó en el apartado de Directrices. Los sistemas urbanos policéntricos fomentan el desarrollo sostenible del territorio así como la reducción de los desequilibrios regionales.

El policentrismo tiene la ventaja de su posible aplicación en escalas diferentes:

- Aplicada a escala europea, debería fomentar la aparición de otras zonas económicas de escala global como contrapeso a la polarización del actual «Pentágono» Londres-París-Milán-Múnich-Hamburgo;

- En el nivel intermedio (por ejemplo, a nivel nacional o en zonas transnacionales), debería conducir a un sistema equilibrado urbano donde el crecimiento beneficiara a diversas zonas metropolitanas de diferentes tamaños y no sólo a las capitales de escala nacional;
- A nivel regional, el policentrismo debe garantizar que el crecimiento y las ventajas del desarrollo beneficien también a las pequeñas ciudades e intermedias para mantener y reforzar la vitalidad de las zonas más rurales de la región.

De acuerdo con la Resolución N° 1 de la CEMAT (2006) sobre desarrollo policéntrico: fomentar la competitividad, mejorar la cohesión social, el desarrollo policéntrico es una visión general que abarca diversos debates conceptuales. Para fomentar el desarrollo policéntrico, las políticas de planificación deben:

- Promover la complementariedad funcional entre los diferentes niveles políticos;
- Tener en cuenta la existencia de redes policéntricas que se solapan parcialmente;
- Promover una política integradora tanto de los diferentes niveles jerárquicos como intersectoriales;
- Mejorar la capacidad institucional;
- Tener en cuenta la existencia de instrumentos «blandos» que pueden conllevar el uso más eficiente de los recursos humanos, organizativos y de las infraestructuras disponibles;
- Orientación de los potenciales de crecimiento, considerar las ciudades como centros económicos, esenciales para el crecimiento endógenos;
- Promover estructuras administrativas y organizativas adecuadas para fomentar una distribución equitativa de los recursos regionales que permitan absorber los diversos costes y efectos negativos relacionados con decisiones territoriales que a menudo trascienden las fronteras administrativas locales.

Cooperación Público-Privada

La cooperación público-privada es un acuerdo formal (por lo general un contrato) por el cual un organismo público (central, local o regional) y otro de carácter más privado deciden cooperar para construir equipamientos o asegurar la prestación de servicios.

La elección de las entidades privadas generalmente se realiza a través de ofertas públicas. El papel de los gobiernos es garantizar que los intereses públicos sean respetados en la operación. Con este fin, el contrato debe esta-

blecer específicamente los trabajos que las entidades privadas deben realizar tales como los servicios que deben proporcionar, el capital que deben invertir, las normas de seguridad que deben cumplir, etc. Las entidades privadas participan aportando capital propio y/o prestando servicios. Hay muchas formas de cooperación entre sectores público y privado [por ejemplo, las concesiones, BOT (18), etc.]. Existen en toda Europa numerosas formas de cooperación público-privadas como consecuencia de la generalización de los sistemas económicos neo-liberales que ha prevalecido en las últimas décadas.

Servicios públicos

«Los servicios públicos» es un término genérico que se refiere a los servicios gestionados (directa o indirectamente) por los poderes públicos. Los servicios públicos tienen su ámbito de aplicación en áreas tales como el transporte, el correo postal, la sanidad pública, la educación, las telecomunicaciones, etc. (19).

Los principios básicos de la gestión de los servicios públicos son la igualdad (Igualdad de acceso para todos) y las condiciones razonables de acceso (la mayoría de los servicios públicos están subvencionados porque no son rentables). En el marco neoliberal que ha caracterizado a Europa en los últimos décadas, muchos servicios públicos han sido privatizados y transformados total o parcialmente en servicios privados, lo que ha dado lugar a un aumento de los precios y a unas condiciones menos equilibradas en el territorio. Esta evolución plantea una controversia que aún continúa. En la terminología de la Unión Europea, los servicios públicos se denominan «servicios de interés general».

Región

El concepto de Región es multidimensional. Puede referirse a:

- Un área geográfica que tiene una fuerte identidad natural y una marcada homogeneidad (por ejemplo, una región montañosa o costera);
- Un territorio que tiene una identidad y una homogeneidad económica claras (por ejemplo, un espacio que gira en torno a un área metro-

(18) BOT [Build, Operate, Transfer]: institución jurídica de Common law que tiene por objeto ser realizada por una sociedad privada de proyectos industriales, de infraestructuras o de equipamientos públicos que se han aplicado y gestionado por instituciones o empresas del sector público. La empresa privada tiene una concesión durante un cierto período para financiar, implementar y garantizar el funcionamiento del proyecto. Al final del período de la concesión, el proyecto revierte a la Administración. El plazo de la concesión se determina en función del tiempo requerido obtener los ingresos necesarios para amortizar la inversión incluida la compensación económica por los riesgos de la gestión,.

(19) Véase la enciclopedia libre Wikipedia para el término (servicios públicos).

- politana, una zona que se caracteriza por un tipo de actividades específicas, tal como la industria manufacturera);
- Una entidad política y administrativa gestionada por una asamblea regional elegida o por representantes de la Administración estatal;
 - Un territorio con una historia y una identidad cultural particular (Lengua y la cultura regional, etc.).

Desarrollo regional u ordenación el territorio (a nivel regional)

El desarrollo regional se considera tanto desde la perspectiva del aumento de la riqueza de una región como desde las actividades que generan dicho enriquecimiento. Se centra principalmente en la economía, aunque puede incluir aspectos culturales y sociales.

La ordenación territorial a nivel regional es una modalidad de planificación del suelo que se centra en la organización de las infraestructuras, el desarrollo de los hábitats y las áreas sin desarrollar a escala de la región (20). La ordenación del territorio contribuye al desarrollo regional, pero también pueden perseguir otros objetivos como el desarrollo sostenible desde una perspectiva ambiental. La ordenación del territorio a nivel regional incluye generalmente la planificación espacial de actividades a escala regional.

Gestión de cuencas fluviales

La gestión de las cuencas fluviales se refiere a la gestión de los recursos en una determinada cuenca, que incluye el río principal, todas sus afluentes y las aguas subterráneas. La gestión del agua incluye la prevención de inundaciones, el control de actividades que puedan influir en la calidad de los recursos de agua (extracción de agua, contaminación concreta y difusa) y todas las medidas necesarias para preservar el equilibrio ecológico de la cuenca.

Área Rural / Campo

Las zonas rurales están poco pobladas, sin ciudades importantes. El campo se refiere a determinados tipos de paisajes y uso del suelo, donde la agricultura y las áreas naturales juegan un importante papel.

El tejido económico de las zonas rurales es cada vez más diverso. Aunque la agricultura todavía ocupa un lugar importante en muchas zonas rurales, han aparecido otras fuentes de ingresos tales como el turismo rural, las actividades industriales a pequeña escala, la economía residencial (jubilados), la producción de energías renovables, etc.

(20) Ibid.

Muchas zonas rurales son multifuncionales y algunas están en áreas de influencia de áreas metropolitanas y grandes ciudades debido a la mejora del transporte y las instalaciones de comunicación.

Véase también el «desarrollo rural», «Polo de Desarrollo Rural».

Desarrollo Rural

El desarrollo rural es un aspecto específico de la ordenación territorial. Parte de la idea de que la sociedad urbana e industrial que ha prevalecido en Europa desde hace más de un siglo ha descuidado el crecimiento y desarrollo de muchas zonas rurales, especialmente en las zonas periféricas y las que estaban más alejadas. El desarrollo rural se ha convertido en una prioridad en las políticas de la planificación en la mayoría de los Estados de Europa.

En los últimos años, las zonas rurales han desarrollado características muy diversas en Europa, algunas se han beneficiado de la proximidad de las grandes ciudades, otras del turismo y/o instalación de jubilados, mientras que otras todavía se enfrentan a situaciones de aislamiento y marginación, que constituyen las causas de la despoblación. En consecuencia, los objetivos relacionados con desarrollo rural son bastante diversos. Dependen en gran medida del contexto y de la situación de cada zona rural. Incluyen medidas como la mejora de la accesibilidad y las condiciones de vida, el medio ambiente, preservación del paisaje cultural y del patrimonio cultural y naturales, promoción del ecoturismo, fomento de las ciudades medianas y pequeñas así como de las grandes que juegan el papel de proveedores de servicios a su entorno rural, promoción de los productos artesanales, forestales y de calidad agrícola regional, adoptando prácticas de producción respetuosas con el entorno.

Polo de Desarrollo Rural

Un Polo de desarrollo rural es una zona predominantemente rural, donde el espacio social, económico se llevan a cabo en el marco de un plano de desarrollo integrado y prospectivo. Un polo rural no es una aglomeración, sino un área rural que puede incluir uno o más pueblos pequeños.

El desarrollo territorial determina los objetivos para corto, mediano y largo plazo. Se especifican las directrices para el desarrollo de los recursos humanos y materiales para alcanzar los resultados perseguidos. La sociedad civil, tanto actores públicos y como privados, deben trabajar conjuntamente para su desarrollo y evaluación (21).

(21) Definiciones propuestas por la Asociación Internacional Rurality-Environment-Development (RED).

Desarrollo territorial, política de desarrollo territorial

El desarrollo territorial se refiere a la evolución del territorio en todas sus dimensiones (económica, social, medioambiental y física).

El estudio y análisis del desarrollo territorial (por ejemplo, a través del Programa Espon), la realización de análisis sobre las tendencias de desarrollo territorial y de estudios sobre planificación del territorio, son trabajos necesarios para desarrollar políticas desarrollo territorial.

La «política de desarrollo territorial» es un concepto relativamente nuevo, que apareció en la década de 1990 (cuando fueron adoptados el ETE y las Directrices) y que se refiere a la política de fomento del desarrollo del territorio de conformidad con los principios generales. Deben coincidir diversas políticas públicas (sectoriales o no) para poner en práctica los principios generales de las Directrices y del ETE.

Véase también «Desarrollo Territorial», «Desarrollo Territorial sostenible».

Proyectos de desarrollo territorial

Los proyectos de desarrollo territorial se elaboran o controlan por las autoridades públicas para promover el desarrollo territorial en los diferentes niveles. Se pueden incluir proyectos de infraestructuras, de apoyo económico, de desarrollo de áreas específicas, de medidas de rehabilitación urbana, de restauración de los ecosistemas degradados, etc.

En general, son parte de estrategias globales de desarrollo. Mientras que algunos proyectos se implantan desde arriba y afectan principalmente a autoridades públicas,, otros surgen desde la sociedad civil y desde la iniciativa privada (como en el caso de la cooperación público y privado).

Ordenación del territorio

La ordenación del territorio es el método utilizado por el sector público para dirigir la distribución de población y actividades en el espacio a diversas escalas (22) y la ubicación de las infraestructuras y las áreas naturales e instalaciones recreativas.

Las actividades relacionadas con la ordenación del territorio se lleva a cabo en los diferentes niveles administrativos y de gobierno (local, regional o nacional) mientras que la cooperación en este ámbito se lleva a cabo también un nivel transfronterizo, transnacional y europeo.

(22) Véase la enciclopedia libre Wikipedia.

Evaluación estratégica del impacto ambiental

La evaluación estratégica de impacto ambiental no tiene por objeto la implantación de proyectos (como en el caso de la EIA), sino los posibles efectos ambientales de determinados planes y programas.

La Directiva de la UE relativa a la evaluación del impacto de determinadas actividades en el medio ambiente, aprobada en 2001, tiene por objeto garantizar que las consecuencias ambientales de determinados planes y programas sean identificados y evaluados durante la preparación de estas medidas y antes de su adopción. Los ciudadanos y las autoridades competentes en materia ambiental pueden emitir su opinión y todos los resultados se integran y se tienen en cuenta durante el proceso de planificación. Después de la adopción del plan o programa, se informa a los ciudadanos de la decisión y la forma en que fue adoptada dicha decisión. En caso de que sea probable que la medida pueda tener efectos significativos transfronterizos, el Estado miembro en cuestión y su población deberán ser informados a fin de que puedan hacer observaciones, que también se integrarán en el proceso de toma de decisiones a nivel nacional. La evaluación estratégica del impacto sobre el medio ambiente tiene por objeto ayudar a que la planificación sea más transparente mediante la participación de la población así como a integrar los aspectos medioambientales en los planes sectoriales, con el objetivo todo ello de lograr un desarrollo sostenible.

Suburbanización

La suburbanización es un proceso relacionado con el desarrollo de los suburbios en torno a las grandes ciudades y áreas metropolitanas, producida por el crecimiento (aumento de la población total) y la reestructuración interna de las ciudades.

Muchos habitantes de las ciudades no viven y trabajan en la misma zona urbana, debido a que optan por vivir en un barrio periférico y viajan diariamente a trabajar en otro lugar. Los suburbios son barrios que se encuentran en la periferia de una ciudad, o están más allá de límites administrativos de la misma, que constituyen los elementos externos de una conurbación. El proceso de suburbanización está a menudo relacionado con el crecimiento difuso, especialmente cuando conlleva problemas de tráfico y destrucción de los recursos y paisajes naturales (23).

Véase también «Crecimiento difuso».

(23) Ibid.

Desarrollo territorial sostenible

El concepto de desarrollo regional sostenible es el objetivo principal de los Principios Directores y se elabora bajo una perspectiva a largo plazo: los beneficios de la ordenación territorial se obtienen a largo plazo y no debe verse afectada por la falta de coordinación entre las políticas públicas o los diferentes sectores de actividad. Los Principios Directores han identificado cuatro dimensiones del desarrollo sostenible: desarrollo sostenible en términos económicos, sociales, ambientales y culturales.

Dado que son muchos los procesos que amenazan la sostenibilidad de nuestra futura Europa, las políticas orientadas al desarrollo sostenible del territorio persiguen diferentes objetivos como la reducción de las disparidades, el fomento de un desarrollo policéntrico equilibrado, establecer medidas para reactivar las ciudades en declive, mejorar la eficiencia de las redes de transporte y energía, prevenir y reducir los posibles daños causados por desastres naturales, proteger y mejorar el medio ambiente natural y humanizado, fomentar las mejores prácticas desde el punto de vista del medio ambiente tanto en la agricultura y la silvicultura, garantizar la conservación del patrimonio cultural existente, atraer nuevas inversiones y apoyar a estas poblaciones, que viven y trabajan en las zonas rurales y urbanas, y aumentar la participación de los ciudadanos. Diversas políticas públicas (sectoriales o no) en los procesos de planificación territorial (24).

Evaluación de la Sostenibilidad

Una parte importante de los costes y cargas medioambientales de los productos y procesos se pueden determinar al comienzo de su concepción. Sus efectos a menudo se hacen sentir durante veinte años o durante más tiempo. Este tipo de evaluación particular, ha sido desarrollado para ayudar a que las empresas logren productos y servicios más sostenibles.

La evaluación del ciclo de vida de los productos sirve para entender mejor sus efectos sociales, económicos y ambientales. Los estudios de impacto sobre desarrollo sostenible (AIDD) se hacen incluso dentro de una perspectiva más amplia. En concreto, la UE lleva a cabo evaluaciones de sostenibilidad en el marco de los principales acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales (25). También pueden ser objeto de procedimientos similares tanto las políticas públicas como las diferentes formas público-privadas de cooperación,

(24) Ljubljana Declaration on the Territorial Dimension of Sustainable Development. CEMAT. 2003.

(25) Cf. Communication of the European Commission on sustainability Impact Assessment. 2002.

para un mejor conocimiento a largo plazo de sus impactos económicos, sociales y ambientales.

Riesgos tecnológicos

Un riesgo tecnológico está necesariamente vinculado a las actividades humanas en el ámbito de la producción de bienes y energía, transportes, construcción, obras públicas, etc. Los riesgos de las actividades industriales, minería, actividades subterráneas, y el transporte de sustancias peligrosas (transporte por carretera, fluvial o marítimo) o amenaza de rotura de las presas se consideran los principales riesgos tecnológicos.

La prevención de riesgos tecnológicos, cuyo objetivo es limitar los accidentes tecnológicos así como sus posibles efectos está regulada por las respectivas leyes nacionales. Puede incluir medidas relacionadas con la planificación territorial, en particular con respecto al uso del suelo.

Tecnópolis / Centro de Tecnología / Parque Tecnológico/ Parque de la Ciencia

Una tecnópolis (también llamado centro de tecnología, parques tecnológicos o Parque de las Ciencias), es una zona donde se concentran un gran número de actividades públicas y privadas relacionadas con la investigación y el desarrollo tecnológico, transferencia de tecnología, educación de alto nivel científico, industria y servicios punta. En muchos casos, los parques tecnológicos abarcan uno o más grupos de empresas especializadas, centros de creación de empresas jóvenes, un centro de negocios y de innovación, y grupos de consultoría.

Los principios que rigen las tecnópolis son el desarrollo de sinergias entre los distintos agentes presentes en el área (empresas, Investigación y desarrollo, nuevas empresas, servicios, etc.), la selección de actividades (excluyendo por ejemplo depósitos y actividades contaminantes), el estímulo y apoyo de las autoridades públicas (ayuda para la adquisición del terreno, apoyo para educación e investigación, etc.) y, finalmente, es esencial para la imagen de las empresa y organizaciones ubicadas en el parque tecnológico la existencia de un entorno de trabajo adecuado.

Cohesión territorial

La cohesión territorial es un elemento esencial del desarrollo territorial que ha sido recogido en las Directrices y en el ETE. A pesar de que se encuentra recogido en documentos oficiales, el concepto de cohesión territorial no ha sido objeto hasta ahora de una definición formal. Se considera, con carácter gene-

ral, como una dimensión que complementa los objetivos de cohesión económica y social. Su objetivo es promover el desarrollo armonioso y equilibrado en todo el territorio. Existe común acuerdo en afirmar que la cohesión territorial es un concepto multidimensional que incluye por lo menos tres elementos (26):

- La calidad del territorio: la calidad de vida y del entorno laboral; condiciones de vida comparables de un área a otra, acceso similar a los servicios de interés general y al conocimiento;
- Eficiencia territorial: eficiencia de los recursos en relación con la energía, el suelo y los recursos naturales; competitividad económica y un territorio atractivo, la accesibilidad interna y externa, la capacidad de resistencia contra la desestructuración propia de los procesos de globalización, integración territorial y cooperación entre las regiones;
- Identidad territorial, La presencia de «capital social» capaz de desarrollar visiones compartidas sobre el futuro, Know-how de carácter local; tendencias en la producción y las ventajas competitivas de cada territorio.

Cooperación territorial

Se entiende por cooperación territorial el desarrollo de actividades conjuntas relacionadas con la ordenación territorial en materias correspondientes a diversas competencias administrativas. La cooperación territorial es particularmente importante en territorios transfronterizos, pero también es necesaria entre entidades administrativas de un mismo Estado. Su objetivo es potenciar la integración territorial y promover formas más competitivas y sostenibles de desarrollo territorial de las que podrían resultar de una gestión individual y segmentada al margen de las fórmulas de cooperación. La cooperación territorial es gestionada por los poderes públicos a diversos niveles, pero también puede incluir a otros interesados (ONG, sector privado y la sociedad civil).

Véase también «la cooperación interregional, transnacional, transfronteriza».

Desarrollo Territorial

Se entiende por desarrollo territorial el proceso por el cual se transforma progresivamente la geografía de los territorios habitados. Incluye elementos físicos (infraestructura, paisajes rurales y urbanos, etc.), así como la estructura del territorio o del hábitat, es decir, la distribución geográfica de la población

(26) Roberto Camagni: «The rationale for territorial cohesion and the place of territorial development policies in the European model of society». Documento presentado en el Seminario Celebrado en Viena sobre «Territorial cohesion and the European model of society». julio 2005.

y las actividades humanas, incluyendo el tamaño de las ciudades y la relación entre ellas.

El desarrollo territorial es un concepto global, que también constituye una política pública («la política de desarrollo territorial»). Se trata de un concepto global, porque se refiere no sólo al crecimiento económico en diferentes regiones, sino también al desarrollo sostenible en sus aspectos económicos, sociales, ambientales y culturales. El desarrollo territorial tiene una dimensión altamente cualitativa, lo que implica una gran coherencia en el diseño y aplicación de las políticas gubernamentales.

Refleja, sin duda, la situación actual en Europa, caracterizada por las bajas tasas de crecimiento y fuertes desequilibrios regionales. Mientras que en el periodo de la posguerra —caracterizado por un fuerte crecimiento—, la labor de los poderes públicos en relación con el territorio fue dirigir los procesos de crecimiento a través de la regulación del uso del suelo, la creación de infraestructuras y la previsión de incentivos para atraer inversiones (conceptos relacionados fueron «territorial planning, aménagement du territoire, «raumordnung», «ordenación del territorio», etc.) el desarrollo territorial se ha convertido en una prioridad generalizada para proporcionar empleo y servicios y reducir las disparidades territoriales.

Gobernanza territorial

Gobernanza territorial es un concepto general que se caracteriza por la perspectiva global en que se aplican las políticas de ordenación territorial y se evalúa por su contribución al logro de los objetivos de la planificación territorial. Es el resultado de relaciones multi-nivel e intersectoriales de estas políticas. Se refiere a la cooperación horizontal y vertical en el desarrollo y aplicación de estas políticas. Los principios de subsidiariedad y reciprocidad en las Directrices son particularmente adecuadas a este respecto:

«La gobernanza se refiere a la aplicación de formulas conjuntas de planificación y gestión de las dinámicas socioespaciales. En su nivel más simple, la gobernanza se refiere a la aplicación de los principios generales de gobierno a las políticas de desarrollo territorial. Un buena gobernanza territorial tiene por objeto gestionar dinámicas territoriales indicando las consecuencias territoriales de las diversas políticas planificadas por los sectores público y privado. El objeto es negociar un conjunto de objetivos comunes así como un marco de responsabilidades compartidas mediante el uso de estrategias y política de planificación territorial (27)».

(27) Resolución CEMAT 2 (2006) sobre gobernanza territorial: empowerment through enhanced coordination.

Para mejorar la calidad de la gobernanza regional, conviene fortalecer el papel de las autoridades locales y regionales para garantizar la coherencia de las políticas y hacer más efectivas las políticas aplicadas al territorio.

Potencial territorial

Resulta evidente que cada área tiene un potencial específico (o capital) y distinto de otras áreas, el cual se encuentra determinado por una serie de factores. Estos factores pueden incluir la ubicación de la zona, el tamaño, la dotación de factores de producción e infraestructuras, su clima, los recursos naturales, la calidad de vida y el estado de su medio ambiente o la economía de las ciudades que allí se encuentran, «incubadoras» de empresas, zonas industriales u otras redes de negocios que reducen los costos de las transacciones. Otros factores son sociales y culturales, e incluyen factores tales como las tradiciones, formas de pensar y reglas informales que permiten a los agentes económicos trabajar juntos bajo condiciones de incertidumbre, solidaridad y asistencia mutua. El concepto incluye también una dimensión más cualitativa relacionada con la interacción de las instituciones, normas, prácticas y agentes como los productores, investigadores y responsables políticos que hacen posible un marco para la creatividad e innovación (28).

El concepto de potencial territorial (o capital) se encuentra subyacente en las teorías y estrategias sobre crecimientos endógenos que se han venido elaborando y aplicando desde los años 70 como reacción a la inestabilidad de los impactos negativos de los factores exógenos que provocan el desempleo y el cierre o reubicación de las actividades. En los últimos años, el concepto de potencial territorial ha adquirido nuevo protagonismo debido a la competencia interregional e internacional en el contexto de la integración Europea y la aceleración de la globalización.

Evaluación de impacto territorial

El estudio de impacto regional es un método diseñado para identificar los efectos de todos los tipos de políticas, medidas y proyectos públicos que tienen efectos sobre territorio, en particular sobre el desarrollo sostenible y la cohesión del territorio. En este sentido, los impactos territoriales susceptibles de ser identificados pueden tener carácter económico, social, ambiental y cultural. Pueden estar relacionados con los cambios en la accesibilidad, la biodiversidad, las preferencias en la localización, las oportunidades de empleos a nivel local / regional, la calidad la vida, etc.

(28) OECD Territorial Outlook, 2001, p. 15 (versión en Inglés).

Los estudios de impacto territorial, son necesarios por cuanto muchas políticas/proyectos sectoriales influyen en la evolución del territorio sin necesidad de contribuir a los objetivos de las políticas de ordenación territorial.

Los estudios de impacto territorial ex-post muestran cómo las políticas aplicadas en el pasado han influido en la evolución del territorio y qué lecciones se pueden extraer. Son útiles para la sensibilización así como para la mejora de los métodos de evaluación.

Los estudios de impacto territorial ex-ante son necesarios para prever el posible impacto de futuras políticas y facilitar la elección entre varias posibles opciones políticas.

Los estudios de impacto territorial son complejas debido a la numerosas posibles variables que se deben considerar. Su metodología se encuentra por lo tanto todavía en fase de desarrollo y mejora.

Ordenación de las ciudades y de los espacios rurales

La planificación de las ciudades y del campo es una expresión que tiene su origen en el Reino Unido (Town and Country Planning Act de 1947, adoptada inmediatamente después de la guerra en respuesta a la industrialización y urbanización) y también es ampliamente utilizada en todo el continente europeo. Incluye un conjunto de políticas públicas que afectan a diversas actividades como la planificación del uso del suelo, el diseño urbano, ordenación del paisaje, la rehabilitación de las ciudades, la planificación del transporte, el desarrollo de instalaciones y servicios de interés general, etc. Por lo general, tiene por objeto preservar el equilibrio entre el desarrollo económico, el bienestar social y la calidad del medio ambiente.

Zona Urbana

Una zona urbana es un área que geográficamente forma parte de una ciudad grande o media y se caracteriza por un alto porcentaje de suelo edificado, una alta densidad de población y empleo, y una extensa red de transporte y de otras infraestructuras (en contraposición a las zonas rurales). Las áreas urbanas también puede incluir zonas no construidas y zonas verdes urbanas, destinadas en general a cubrir las necesidades recreativas de los residentes urbanos.

Ver también: «Urbanización», «Desarrollo Urbano», «Rural».

Urbanización

La urbanización es un proceso a largo plazo que se caracteriza a la vez por el aumento de la población que vive en las ciudades y por la ampliación de las zonas urbanas.

En Europa, el proceso de urbanización se inició en el siglo XVIII con el inicio de la revolución industrial y se ha extendido por todo el continente durante estos dos siglos. Incluye varias fases (urbanización, de-urbanización o contraurbanización y reurbanización) que han afectado a los países europeos en distintos momentos, de acuerdo con su geografía e historia. El grado de urbanización es el porcentaje de la población total de un país (o región) que vive en de la ciudad. El ritmo de urbanización representa el aumento de la población urbana en un periodo determinado (29). El proceso de urbanización de una región tiene marcados efectos en su economía y su ecología. Hay diferentes formas (o modelos) de urbanización y la formas (o modelos) de la urbanización o de concentración de las actividades, asentamientos humanos e infraestructuras sociales (asentamientos monocéntricos, policéntricos, ciudades compactas, barrios, etc.).

Desarrollo Urbano

Al igual que en el caso del desarrollo territorial, podemos considerar el desarrollo urbano como la evolución de un área específica (urbana) o como el efecto de diversas actividades que contribuyen a desarrollar dicha zona. El fomento del desarrollo urbano implica la mejora de los diversos sectores, económicos, sociales, ambientales y culturales que constituyan el potencial de las ciudades y áreas urbanas.

Esto supone una amplia variedad de políticas públicas basadas en el conocimiento interdisciplinario. Resultan también esenciales para abordar los complejos problemas del desarrollo urbano, la participación de la sociedad civil a través de acciones encaminadas a este fin y las diferentes formuladas de cooperación. En los últimos años, los objetivos del desarrollo sostenible y cohesión social se han convertido en un tema recurrente en las estrategias de desarrollo urbano.

Diseño urbano

El diseño urbano es una disciplina tradicional de la planificación urbana que fue muy popular cuando la planificación urbana se concretaba fundamentalmente a través de planes reguladores de la edificación. El diseño urbano

(29) Véase la enciclopedia libre Wikipedia para el término.

ha sido utilizado especialmente para el planeamiento de nuevas ciudades, que abarca la ordenación de ciudades enteras. Más recientemente, su objeto son los espacios públicos, incluidos todos aquellos espacios que son de libre uso cotidiano por el público en general, especialmente calles y parques (30).

El diseño, construcción y gestión de los espacios públicos requieren un enfoque interdisciplinario (ingeniería, ecología, historia local, la planificación del transporte, arquitectura, etc.) y un proceso de consulta y negociación en diferentes niveles y con diferentes agentes sociales.

Ecosistema Urbano

El ecosistema urbano es el conjunto de plantas, animales y personas los seres humanos que viven en el medio urbano. Aunque se trata de un área dominada materialmente por estructuras constructivas tales como edificios, calles, alcantarillas y líneas de energía, también contiene un rico mosaico de espacios verdes (parques, patios, corredores verdes, paseos arbolados, cursos de agua urbanos, pasajes comerciales y terrenos no construidos) que son el alma del ecosistema urbano.

A pesar de que estos elementos aparecen a veces fragmentados y separados, interactúan como si fueran un solo organismo. Los ecosistemas urbanos suelen estar muy degradados los sistemas, donde el suelo, la manta vegetal, la temperatura y la presencia de agua están sometidos a mutaciones rápidas. La vida vegetal en los ecosistemas urbanos no es la misma que en los ecosistemas naturales. Incluso en las zonas naturales o seminaturales urbanas como los parques urbanos, la vegetación se encuentra a menudo muy alterada y colonizada por numerosas especies no autóctonas e invasivas. Una cuestión extremadamente importante de los ecosistemas urbanos es su capacidad para crear entornos saludables, tanto para el ecosistema natural como para los habitantes. La ecología urbana, que es una disciplina relativamente reciente, estudia los ecosistemas urbanos (los factores que permiten a la fauna y flora sobrevivir en un entorno construido y los efectos de los tipos de desarrollo urbano sobre la situación ecológica) y trata de crear entornos más sanos y bellos (31).

Gestión Urbana

En el contexto general de las políticas de desarrollo territorial, la gestión urbana es un conjunto de políticas elaboradas y aplicadas en los niveles local

(30) Ibid.

(31) Ver, Urban Ecosystems profile. Earth on Edge. Bill Moyers Report. Informe de Bill Moyer.

y municipal que afectan a amplia variedad de cuestiones en las siguientes áreas: uso del suelo, transporte, vivienda, renovación urbana y reconversión de espacios abandonados y contaminados, protección del medio ambiente, gestión de residuos, energía, abastecimiento de agua, prestación de servicios e instalaciones, desarrollo económico, cohesión social e integración, protección y mejora del patrimonio cultural, y promoción y desarrollo de la cultura, etc.

Los principales desafíos que Europa debe solucionar son las relaciones mutuas cada vez más complejas entre la pobreza, los bajos ingresos, el desempleo, los bajos niveles de educación, las viviendas precarias, un deficiente equipamiento urbano, la expansión urbana, etc (32). Las ciudades también deben garantizar su competitividad y su imagen para desarrollar las funciones de alto valor añadido económico y atraer inversiones. Un objetivo especial de la planificación urbana es la revitalización de los centros urbanos en declive y las zonas conflictivas suburbanas, no sólo interviniendo en sus características geográficas y ambientales, sino también sobre los recursos sociales y económicos de los residentes y su integración sociocultural. Ello supone la mejora y renovación de las viviendas, como parte de los programas de regeneración de las áreas mejor integradas son elementos esenciales en las políticas de gestión urbana.

Urbanismo

Urbanismo u ordenación de las ciudades, es la disciplina que tiene por objeto de estudio el desarrollo geográfico, social, económico y ambiental de las regiones metropolitanas, municipios y barrios (33). La planificación urbana se traduce en la elaboración de planes de usos del suelo y de las edificaciones y de regulaciones locales que afectan a la construcción y al medio ambiente.

Históricamente (siglo XIX), la planificación urbana estuvo influida por las disciplinas que por entonces eran nuevas como la arquitectura y la ingeniería civil. Estas disciplinas comenzaron a codificar las reflexiones sobre cómo resolver los problemas urbanos a través de la racionalización de los espacios. Durante el siglo XX, el campo de la planificación urbana se ha extendido a la planificación económica, social y ambiental.

(32) «Basis for the Ljubljana Declaration». CEMAT. 2003, in Council of Europe, 13th European Conference of Ministers responsible for Spatial/Regional Planning (CEMAT), Ljubljana (Slovenia), 16-17 September 2003 : *Proceedings*, Council of Europe Series «European Spatial Planning and Landscape», 2005, No 71 and *Documents of the Conference*, «Territory and landscape Series», 2005, No 1.

(33) Véase la enciclopedia libre Wikipedia para el término (planificación urbana).

Renovación urbana/ regeneración urbana/ revitalización urbana/ rehabilitación urbana/ restauración urbana

Las ciudades se están enfrentando al envejecimiento de sus estructuras y de sus zonas edificadas, a la evolución de sus funciones económicas y al cambio de las características sociales y de su población. Un cierto número de actividades públicas (y a veces actividades de sectores público-privados) son esenciales para mantener un ambiente de convivencia, una economía dinámica y unas estructuras sociales equilibradas. Cabe realizar las siguientes distinciones:

- **Renovación Urbana:** tiene por objeto sustituir los barrios pobres de las ciudades y áreas abandonadas por proyectos a gran escala de viviendas, servicios, sistemas de transporte, áreas de recreación, etc. El coste de la renovación urbana puede resultar alto, por lo que este tipo de actividades se realiza con menos frecuencia hoy en día.
- **Regeneración y la revitalización urbana:** Tiene por objeto transformar el declive socio-económico de determinadas zonas urbanas que permitan atraer nuevas empresas, mejorar el tejido urbano, así como el medio ambiente urbano y la diversificación de las estructuras sociales, mediante su adecuación a condiciones socio-económicas sostenibles
- **Rehabilitación y restauración urbana:** Tiene por objeto principalmente la regeneración y conservación del patrimonio construido y el medio ambiente urbano, incluyendo los ecosistemas. Además de la renovación de edificios históricos y paisajes urbanos, incluye la modernización de las instalaciones técnicas y el cumplimiento de las normas ambientales y de seguridad.

Cooperación urbana-rural

Las interacciones urbano-rurales se pueden definir como las relaciones espaciales (como los flujos de personas, bienes, capital, información y residuos) y entre sectores (por ejemplo, entre agricultura, servicios e industria). Cubren *grosso modo* las actividades «rurales» que se desarrollan en los centros urbanos (como la agricultura urbana) y las actividades consideradas a menudo «urbanas», como las industrias y los servicios que se instalan en las localidades rurales.

En las últimas décadas, las interacciones urbano-rurales se han intensificado en toda Europa, se trata de flujos de pasajeros, actividades ocio y esparcimiento, la instalación de los ex-residentes urbanos en zonas rurales, redistribución de funciones y actividades que en el pasado fueron urbanas en zonas rurales, etc. En otras palabras, la influencia de las ciudades en las zonas rurales ha aumentado. Las relaciones urbano-rurales son esenciales para

lograr un desarrollo económico equilibrado para reducir la vulnerabilidad de los espacios rurales desfavorecidos. Las interacciones urbano-rurales tienen a menudo un efecto decisivo sobre el funcionamiento y la gestión de los recursos naturales, especialmente en el espacio peri-urbano. Para promover la planificación equilibrada del territorio, se establecen entre las localidades urbanas y rurales (representado en general por la autoridad local pero también con la participación de organizaciones no gubernamentales) diferentes formas de cooperación urbana-rural con el objeto de llevar a cabo la prestación de servicios, la protección del medio ambiente, el fomento de contactos regulares entre la población de la ciudad y del campo, desarrollar sinergias económicas, etc...

Crecimiento difuso

El crecimiento difuso consiste en el desarrollo urbano no planificado y anárquico en las zonas adyacentes de una ciudad. El término también se utiliza para describir el crecimiento geográfico extensivo, rápido y, a veces irresponsable de una gran área metropolitana a expensas de un espacio más grande. El crecimiento difuso se caracteriza por una multiplicidad de modelos de uso del suelo, tales como la zonificación monofuncional (comercial, residencial, industrial), la existencia de zonas urbanas diseñadas para el coche, una baja intensidad en los usos del suelo, pero con un mayor tamaño de desarrollo que las zonas urbanizadas en el pasado (viviarios más amplios, comercios más amplios junto a grandes zonas de aparcamientos) y una pobreza del diseño urbano, que crea a veces una sensación de uniformidad del medio urbano (34).

Véase también «suburbanización».

Estructuras urbanas / estructuras de asentamientos urbanos

Una evaluación y un análisis funcional/morfológico de las ciudades y otro tipo de asentamientos permiten identificar sus estructuras. Las estructuras urbanas se caracterizan por las principales características y funciones que existen dentro del área urbana, la morfología de la ciudad (compacta o dispersa, en uno o varios núcleos), la distribución de las zonas urbanas de acuerdo a su antigüedad (Edad Media, post-guerra, etc.) o su función principal (comercial, residencial, industrial, recreativo, etc.), su distribución y organización social (de zonas pobres, zonas desfavorecidas, de alta nivel de renta, zonas de clase media, áreas con una alta proporción de inmigrantes, etc.), las características principales de las rutas de transporte y del sistema de comunicación (carreteras, sistemas de transporte público).

(34) Ibid.

A mayor escala, las estructuras de los asentamientos humanos incluyen las características de distribución de las ciudades, pueblos, caseríos, etc. En este sentido, se puede distinguir entre las ciudades región (Varios asentamientos organizados alrededor de un área metropolitana dominante), estructuras dispersas (distribución uniforme de entidades de pequeñas y medianas en un área determinada), sistemas policéntricos (organización de una región sobre la base de varias entidades urbanas), las redes de ciudades (las entidades urbanas estrechamente interdependientes, pero sin continuidad), y aglomeraciones urbanas (agrupaciones de varias entidades urbanas juntas entre sí).

LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2011. LA AUSTERIDAD DEL GASTO PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICA

SABINA DE MIGUEL ARIAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2011: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011, distinguiendo, a estos efectos, entre la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y el articulado o parte dispositiva de la misma. Junto a lo anterior, se realiza una mención específica a las principales novedades que presenta la referida Ley respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2010.

Palabras clave: Ley de Presupuestos 2011; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2011. Moreover, it is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2010 Budget.

Key words: 2011 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

La institución presupuestaria constituye un elemento trascendental de cualquier organización política, en cuanto característica determinante del sistema democrático, y así lo ha venido reconociendo nuestro Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones (1). En este sentido, la aprobación anual de la Ley de Presu-

(1) Sentencia del mencionado Tribunal de 18 de abril de 1994, entre otras.

puestos por una entidad pública —como las Comunidades Autónomas— es, sin lugar a dudas, una manifestación legislativa de una trascendencia incuestionable, habiéndose incidido en esta misma idea a lo largo de anteriores comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (2).

A mayor abundamiento, la conclusión plasmada en el párrafo anterior aparece confirmada, a su vez, por un *doble motivo*: en primer lugar, porque dicha Ley de Presupuestos constituye uno de los aspectos esenciales en que se refleja el contenido de la *autonomía financiera* constitucionalmente reconocida a las diferentes Comunidades Autónomas —idea ésta que el propio Tribunal Constitucional ha venido a recordar (3)—; asimismo, y en un segundo término, porque la referida Ley se erige en el instrumento adecuado para la *ordenación* económica y la *dirección* de la actividad financiera de nuestra Comunidad a lo largo de un determinado periodo anual.

Siendo éste el fundamento último de cualquier Ley de Presupuestos, hemos de advertir que el presente trabajo tiene por objeto el estudio del contenido integrante de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el 2011, tarea ésta en cuyo desarrollo se realizará, a su vez, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos correspondientes al ejercicio anterior (2010).

Por lo demás, y como ha sucedido a lo largo de los últimos ejercicios presupuestarios, debe resaltarse la circunstancia de que no ha resultado necesario hacer uso del mecanismo de prórroga presupuestaria en el supuesto que ocupa nuestra atención, habiendo sido aprobados los Presupuestos del año en curso a través de la Ley 11/2010, de 29 de diciembre (4).

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2011

Los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2011, como viene resultando habitual desde el año 1983, presentan una

(2) A estos efectos, pueden consultarse los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009 y 2010, realizados, respectivamente, por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J., y CARRERAS MANERO, O., en los números 34 (2009) y 36 (2010) de la presente Revista.

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(4) Publicada en el B.O.A. núm. 255, de 31 de diciembre. No obstante, es de advertir que existe la posibilidad de que se aprueben ciertas modificaciones o ajustes en los Presupuestos del presente año.

estructura esencialmente idéntica a los de otras entidades territoriales —como las Entidades Locales o el Estado—. En este sentido, es posible diferenciar en aquéllos un *contenido doble*: el referente a los *estados financieros* —incluyéndose en estos últimos las partidas correspondientes a los gastos (obligaciones a reconocer) y a los ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro lado, el relativo a la *parte dispositiva o articulado* (5).

De conformidad con lo que acaba de ser expuesto, y al igual que en los ejercicios precedentes, la Ley de Presupuestos para el año 2011 será analizada de forma detallada distinguiendo, en un primer término, los estados financieros de gastos e ingresos, y examinando, una vez realizado lo anterior, las diversas previsiones integrantes del articulado o parte dispositiva de la referida norma.

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado para el ejercicio 2011 contempla unos créditos iniciales por importe de 5.293.754 miles de euros, lo cual, en comparación con los Presupuestos del año precedente (5.720.485 miles), determina una disminución absoluta de 426.731 miles y porcentual del 7,5%. Así, en la línea de lo sucedido en el ejercicio anterior, se produce una minoración de la cantidad presupuestada, rompiendo así la tendencia expansiva existente en un instante previo (6).

En concreto, los créditos ahora aludidos aparecen agrupados de acuerdo con las reglas establecidas para ello en las distintas clasificaciones previstas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (7), poniéndose de relieve, desde un punto de vista presupuestario, *qué concreto órgano realiza un determinado gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —es decir, cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta* —en otras palabras, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). Siendo esto así, ha de advertirse, de inmediato, que el examen del

(5) En concreto, las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2011 se encuentran recogidas en la Orden del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo de 22 de julio de 2010 (B.O.A. núm. 153, de 5 de agosto).

(6) En este sentido, de los 17.615 miles presupuestados para el ejercicio 1983 se pasó, en cinco años, a unos créditos presupuestados de 319.738 miles, alcanzando dichos créditos, en el ejercicio 1998, una cuantía de 1.425.799 miles, cantidad esta última que representaba, en términos aproximados, la cuarta parte de la prevista para el ejercicio 2010.

(7) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

estado de gastos del Presupuesto para el año 2011 será efectuado atendiendo a las clasificaciones orgánica y económica mencionadas (8).

Comenzando nuestro análisis por la *clasificación orgánica*, ha de señalarse que, al igual que en el año precedente, el Presupuesto para el ejercicio 2011 presenta una disminución de los créditos para gasto en la práctica totalidad de los Departamentos o Secciones recogidas en aquélla, existiendo, no obstante, ciertas excepciones, pues algunos de dichos Departamentos o Secciones han visto aumentados los referidos créditos.

Así ha ocurrido, en concreto, en el caso de las Cortes de Aragón, las cuales han experimentado un aumento en sus créditos de 971 miles de euros, representando ello un ascenso del 4% en términos porcentuales en relación con el ejercicio 2011. Por su parte, también el monto de los créditos destinados a la Sección correspondiente a las Administraciones Comarcales se ha visto incrementado en 20.399 miles de euros, conllevando lo anterior un aumento del 35,4% en sus dotaciones.

Por otro lado, y en lo que concierne a los Departamentos y Secciones cuyos créditos para gastos han sufrido una disminución en términos cuantitativos, es destacable la situación de los créditos relativos a Diversos Departamentos, que experimentan una rebaja de 137.586 miles de euros menos (lo cual supone un descenso del 24,9% respecto del 2010), el Departamento de Educación, Cultura y Deporte, con 63.193 euros menos (lo que determina una reducción del 6,6%), el de Medio Ambiente, con 59.568 miles menos (lo que conlleva una disminución del 28,2%) y el de Salud y Consumo, con 57.522 euros menos (un 3% inferior al ejercicio precedente). Junto a lo anterior, ha de hacerse también alusión a los Departamentos de Política Territorial, Justicia e Interior, con 28.545 miles menos (en total, un 19% menos que en el ejercicio anterior) y Agricultura y Alimentación, con 24.817 miles menos (esto es, un descenso del 3,5% respecto del 2010).

En segundo término, y con una disminución en las dotaciones para gastos de menor cuantía, han de citarse los Departamentos de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, con 24.613 miles de euros menos (14,1%), Servicios Sociales y Familia, con 21.617 miles menos (6%) y Ciencia, Tecnología y Universidad, con 14.301 miles menos (6,4%). A los ahora mencionados se suman los de Economía, Hacienda y Empleo -7.400 miles menos (4,2%)-, Industria, Comercio y Turismo -4.372 miles menos (4,5%)- y Presidencia -3.102 miles menos (2,9%)-

(8) Las referidas clasificaciones se encuentran recogidas en el respectivo Anexo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

A su vez, y ya entre las Secciones que experimentan un menor descenso cuantitativo en sus créditos para gastos se encuentran la de Vicepresidencia del Gobierno, con 849 miles menos (13,1%), la de Presidencia de Gobierno, con 529 miles menos (11,5%), la del Consejo Económico y Social, el cual ha visto mermado su presupuesto en 72 miles (9,2%) y la del Consejo Consultivo de Aragón, cuyos créditos han experimentado un descenso de 16 miles (4,6%).

Siguiendo con el análisis de la clasificación orgánica, y como ha venido sucediendo en ejercicios precedentes, es el Departamento de Salud y Consumo el que presenta un mayor volumen en el conjunto del Presupuesto de gastos (con un total de 1.852.207 miles). Junto al anterior, las Secciones de mayor cuantía en el Presupuesto son las relativas a Educación, Cultura y Deporte (895.140 miles), Agricultura y Alimentación (682.945 miles) y Gastos de Diversos Departamentos (415.283 miles). En concreto, las Secciones ahora referidas suponen, en términos aproximados, el 73% del Presupuesto del presente ejercicio.

Por otro lado, y en lo que se refiere a los Departamentos que presentan un nivel intermedio de importancia desde el punto de vista del importe total de sus créditos, han de destacarse los de Servicios Sociales y Familia (335.277 miles), Ciencia, Tecnología y Universidad (210.628 miles), Economía, Hacienda y Empleo (169.104 miles), Medio Ambiente (151.808 miles), Obras Públicas, Urbanismo y Transporte (149.398 miles), Política Territorial, Justicia e Interior (121.500 miles), Presidencia (103.967 miles), Industria, Comercio y Turismo (92.883 miles) y Administraciones Comarcales (78.017 miles), cuantías todas ellas que representan, aproximadamente, el 26,7% del total del Presupuesto.

Por fin, y de forma similar a lo ocurrido en los años anteriores, entre las Secciones que presentan una menor importancia en el conjunto del Presupuesto de la Comunidad Autónoma se encuentran las relativas a las Cortes de Aragón (24.857 miles), Vicepresidencia de Gobierno (5.615 miles), Presidencia de Gobierno (4.070 miles), Consejo Económico y Social (713 miles) y Consejo Consultivo de Aragón (335 miles).

Del modo expuesto a lo largo de las líneas anteriores se desglosan, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 5.293.754 miles de euros previstos en el estado de gastos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2011, destinándose aquéllos al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad.

Una vez efectuado el examen plasmado en los párrafos precedentes, procederemos acto seguido, según fue indicado en su momento, a la exposición del estado de gastos de los mencionados Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

De acuerdo con la referida clasificación, los créditos para gastos del presente ejercicio quedan agrupados, como viene resultando habitual, en *dos grandes apartados*: el referido a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y el relativo a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos VI a IX). En relación con esta cuestión, resulta necesario señalar que los créditos atribuidos para las primeras Operaciones citadas (4.379.601 miles) supera, de manera amplia, el importe total de los créditos destinados a las segundas (914.153 miles), hasta el punto de llegar a casi a quintuplicarlo (9).

Por su parte, y centrando nuestro análisis en los distintos Capítulos que integran la referida clasificación, ha de ponerse de manifiesto la disminución experimentada en la cuantía de la mayoría de ellos en comparación con los Presupuestos del año 2010. En este sentido, y entre los Capítulos que han sufrido un mayor descenso, destaca el relativo a Inversiones Reales, las cuales disminuyen en 147.806 miles, implicando ello, en términos porcentuales, un decremento aproximado del 32,8% en relación con los Presupuestos del ejercicio precedente.

De manera adicional, y aunque ya de una forma más moderada, también reflejan un descenso en el monto total de sus partidas los Capítulos de Gastos de Personal (101.398 miles menos), Transferencias de Capital (90.488 miles menos), Pasivos Financieros (53.212 miles menos) y Transferencias Corrientes (29.847 miles menos), cifras que, en comparación con las contenidas en los Presupuestos del año 2010, conllevan, respectivamente, decrementos relativos del 4,8%, 16,8%, 26% y 1,9%.

Por fin, ha de destacarse la disminución que ha sufrido el Capítulo referido a los Activos Financieros, la cual, siendo la de menor relevancia en términos cuantitativos —pues supone una reducción de 16.621 miles—, determina una minoración del 56,3% en comparación con la cuantía presupuestada en el ejercicio 2010.

Por otro lado, entre los Capítulos de la clasificación económica de gastos que ven aumentado el importe de sus créditos se sitúan, en orden de importancia cuantitativa, los referentes a Gastos Financieros (11.730 miles) y Bienes Corrientes y Servicios (911 miles), aumentos éstos que implican, en términos porcentuales, incrementos del 10,4% y 0,1%, respectivamente.

A la vista del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2011, y desde la óptica de la clasificación a la que ahora hacemos alusión, ha de

(9) En este mismo sentido, baste señalar, a modo de ejemplo, la circunstancia de que los Presupuestos para el ejercicio 2009 destinaban a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 4.579.687 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 1.258.137 miles.

ponerse de relieve que son los Capítulos de Gastos de Personal (2.031.500 miles) y Transferencias Corrientes (1.559.886 miles) los que presentan una mayor cuantía en sus dotaciones. A los dos Capítulos citados les siguen, como viene siendo la regla habitual, los relativos a Bienes Corrientes y Servicios (663.305 miles), Transferencias de Capital (447.397 miles) e Inversiones Reales (302.751 miles), integrando todos ellos el núcleo central del Presupuesto de gastos, al representar, de modo aproximado, el 95% del mismo.

Por lo demás, junto a los Capítulos ahora aludidos, pero ya con un importe económico muy inferior al previsto para aquéllos, se encuentran los referentes a Pasivos Financieros (151.127 miles), Gastos Financieros (124.908 miles), así como el atinente a Activos Financieros (12.876 miles).

Una vez finalizado el análisis de los créditos recogidos en sede del estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2011 desde la perspectiva de la clasificación económica, debemos proceder al examen del estado de ingresos de dichos Presupuestos, concretando así las fuentes de financiación de los referidos gastos.

B) El estado de ingresos

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el presente ejercicio asciende, con carácter estimativo, a la cantidad de 5.293.754 miles de euros, de los cuales 4.498.369 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 795.385 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por la mencionada Comunidad. La primera de las cantidades ahora referidas coincide, como puede comprobarse, con la prevista en el estado de gastos, presentándose, de este modo, unos Presupuestos formalmente equilibrados (10).

Comenzando por el análisis del estado de ingresos desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa que los mismos aparecen estructurados en una *doble categoría*: la referente a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la relativa a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX).

En concreto, en los Presupuestos objeto del presente comentario el importe total al que ascienden los Ingresos citados en primer lugar es de 4.393.039 miles de euros, cuantía ésta que supera con gran amplitud (casi cinco veces

(10) La necesidad de que el Presupuesto de nuestra Comunidad aparezca equilibrado se encuentra expresamente recogida en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el actual Estatuto de Autonomía Aragonés recoja entre sus preceptos una previsión de este tenor.

más) el importe global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales se elevan a 900.714 miles.

En lo que atañe a la categoría de los *Ingresos Corrientes*, el primer dato que debe señalarse es que en ella se reflejan los cambios derivados de la implantación del nuevo sistema de financiación autonómica. Así, a diferencia de lo sucedido en el ejercicio precedente, casi todos los Capítulos que integran la misma experimentan un aumento; en este sentido, únicamente se produce una disminución en el caso de las Transferencias Corrientes (989.547 miles), lo que, en términos relativos, implica un descenso del 47,3%.

A estos efectos, experimentan un aumento los Capítulos referentes a los Impuestos Indirectos (470.976 miles más), Impuestos Directos (397.309 miles más) y Tasas y Otros Ingresos (13.402 miles más), lo que supone incrementos del 39,9%, 38,4% y 8,2%, respectivamente. Por su parte, también los Ingresos Patrimoniales han incrementado su cuantía en 382 miles, lo cual determina un aumento porcentual del 1,3% en comparación con el año precedente.

En lo que hace referencia a los *Ingresos de Capital y Financieros*, ha de destacarse la disminución experimentada en el Capítulo de Pasivos Financieros en 308.038 miles, cuantía que supone una reducción porcentual de un 33% respecto de la prevista en el año precedente. Junto a éste, también desciende la cuantía del Capítulo de Transferencias de Capital —11.392 miles menos— lo que representa, en términos relativos, un decremento del 4% en relación con el ejercicio 2010.

Distinta es la situación de los Capítulos de Enajenación de Inversiones Reales —el cual mantiene una cuantía idéntica a la contemplada en los Presupuestos del año 2010— y de Activos Financieros, siendo éste el único que aumenta su importe, en concreto, en 176 miles, lo que representa, a su vez, un incremento del 4,1% en relación con el anterior ejercicio presupuestario.

Una vez realizado el análisis comparativo entre el estado de ingresos de los Presupuestos de los años 2010 y 2011, ha de pasarse al examen individualizado de aquél en lo que concierne al Presupuesto vigente.

Procediendo en el sentido ahora apuntado, es de advertir que vuelve a comprobarse cómo los gastos a los que debe hacer frente nuestra Comunidad Autónoma se financian a través de *cuatro fuentes*: Impuestos Indirectos (1.652.845 miles), Impuestos Directos (1.430.767 miles), Transferencias Corrientes efectuadas por otros Entes públicos y ciertos Organismos Autónomos (1.103.427 miles) y Pasivos Financieros (624.580 miles) —cantidad esta última que comporta un importante nivel de endeudamiento—. Además, a las anteriores se une una quinta fuente —la relativa al Capítulo de Transferencias de Capital—, cuyo monto económico asciende a 267.681 miles.

Por su parte, el Capítulo de Tasas y otros Ingresos se sitúa, a la vista de los ingresos que se le imputan (177.150 miles), en un nivel medio de importancia, siendo los Capítulos de Ingresos Patrimoniales (28.848 miles), Activos Financieros (4.453 miles) y Enajenación de Inversiones Reales (4.000 miles), los que reflejan una menor dotación económica en términos absolutos. Así, la totalidad de las cantidades referidas representan, de manera global, poco más del 4% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la indicación que acaba de ser efectuada se completa el análisis del origen y cuantía de las distintas cantidades que constituyen el estado de ingresos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2011 concluyendo, de este modo, el examen de los estados financieros de esta última. Empero, ello no agota el estudio de aquélla, dado que nos encontramos en presencia de una auténtica norma jurídica, por lo que es imprescindible, para entender el contenido, significado y efectos de los referidos Presupuestos, llevar a término el análisis de las diferentes previsiones recogidas en su articulado, las cuales, como es sabido, indican el destino y límites de los créditos previstos en el estado de gastos, a la par que legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento), regulando también diversos aspectos de los mismos.

2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2011 se encuentra integrada por 38 artículos —distribuidos en un total de 6 Títulos—, 30 Disposiciones Adicionales, 3 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. Esta parte dispositiva mantiene, en términos generales, un esquema y contenido similar al de ejercicios precedentes, no presentando, por tanto, ninguna novedad relevante respecto de Leyes de Presupuestos anteriores.

A estos efectos, el Título primero de la Ley de Presupuestos —«DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3)—, tras indicar y aprobar, en su artículo 1, el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2011, recoge en su artículo 2 el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos, el cual tiene un carácter meramente informativo y se eleva, en el presente ejercicio, a la cantidad de 110 millones de euros (11). De este modo, se da cumplimiento a lo dispuesto, en este punto,

(11) De los cuales 60 millones corresponden al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y 50 al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

en los artículos 21.1 de la L.O.F.C.A. (12) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (13).

Junto a lo anterior, el artículo 3 de la norma legal objeto de este comentario realiza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (14), la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de dicha Comunidad, las cuales experimentan, con carácter general y salvo algunas excepciones, un incremento en su cuantía del 3%.

En lo que se refiere al Título segundo de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo procede a regular el régimen aplicable a los créditos presupuestarios contenidos en el estado financiero de gastos, así como también las posibles alteraciones que, en relación con ellos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

En este sentido, el artículo 4 del citado Texto legal viene a recordar el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los respectivos programas de gasto en lo que concierne a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Por su parte, la previsión ahora expuesta se complementa, en lo que se refiere a la clasificación económica, por el artículo 4.2 de dicho Texto legal, el cual hace alusión a la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a cada uno de los diversos Capítulos que conforman la referida clasificación.

Sin perjuicio de lo anterior, el citado carácter limitativo se ve excepcionado por la previsión contenida en el artículo 6.1 de la Ley objeto del presente comentario, precepto éste que, atendiendo a la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, enumera una serie de créditos del estado de gastos a los que se

(12) De acuerdo con el cual: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(13) En cuya virtud: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(14) A tenor del cual: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

confiere la condición de ampliables (15). Así, y de conformidad con el artículo 6.2 de dicha Ley de Presupuestos, la financiación de los referidos créditos se realizará mediante el recurso a alguno de los *tres siguientes mecanismos*: a través de la baja en otros créditos para gastos y, de manera excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de tesorería que tengan una adecuada cobertura.

Junto a los supuestos que acaban de mencionarse en el párrafo precedente, el carácter vinculante de los créditos para gastos aparece excepcionado, asimismo, por la previsión establecida en el artículo 7 de la Ley de Presupuestos, a tenor de la cual se otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la facultad de acordar la realización de las transferencias de créditos recogidas en dicho precepto con la finalidad de ajustar tales créditos a la verdadera naturaleza del gasto a efectuar (16). En todo caso, el citado artículo advierte que la autorización de las referidas modificaciones presupuestarias se encuentra supeditada tanto a la evolución de los recursos que financian el Presupuesto, como al adecuado cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria (17).

Por lo demás, y junto a las indicaciones efectuadas en los párrafos precedentes, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para el 2011 procede a fijar los criterios de imputación temporal de los gastos consignados en la misma, indicando, en primer lugar, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos realizados en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, previsión ésta que, sin embargo, es objeto de excepción en ciertos supuestos tasados.

(15) Entre tales créditos se incluyen, a título de ejemplo y de un modo semejante a lo dispuesto en Leyes de Presupuestos precedentes, aquellos cuya cuantía se module por la recaudación proveniente de tributos o precios, los destinados a retribuciones del personal en determinadas circunstancias (como liquidación de atrasos) o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(16) Entre dichas transferencias se encuentran aquellas que se estimen precisas para lograr un mejor cumplimiento de los objetivos fijados en los programas «Fomento del empleo», «Fomento industrial» y «Ordenación y promoción comercial».

(17) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en la Ley Orgánica complementaria a la misma, así como también en el artículo 21.1 de la L.O.F.C.A. En concreto, y de conformidad con el artículo 3.2 y la Exposición de Motivos de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, se entiende por tal estabilidad «la situación de equilibrio o superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

A estos efectos, y siguiendo la línea ya marcada en anteriores Leyes de Presupuestos, el apartado segundo del artículo arriba mencionado permite imputar a los créditos del Presupuesto de 2011 el pago de las obligaciones derivadas de alguna de las *tres siguientes causas*: a) reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa autorización del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo; o c) gastos derivados de compromisos contraídos en ejercicios precedentes en los que se ha omitido el trámite de fiscalización cuando éste sea preceptivo, previa convalidación de los mismos por el Gobierno de Aragón.

Por su parte, y además de las hipótesis anteriores, el apartado tercero del precepto antes mencionado prevé la posibilidad de imputar a los Presupuestos del ejercicio actualmente en vigor aquellas obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, el pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés o las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística cuyo importe sea superior a 620.000 euros.

A continuación, y haciendo realidad la autorización contenida en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, el artículo 8 del Texto legal ahora examinado se refiere a la posibilidad de que se incorporen a los Presupuestos del año 2011 los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, incorporación ésta que habrá de realizarse de forma excepcional y, en todo caso, de manera condicionada a la existencia de cobertura financiera debidamente acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por último, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos vigente contempla la posibilidad de que, a través de un acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, puedan efectuarse los respectivos ajustes en los estados financieros cuando ello resulte necesario para conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria (18) o bien cuando proceda legalmente. A su vez, el referido Consejero se encuentra autorizado para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

(18) Véase la nota número 17.

De acuerdo con las previsiones que acaban de ser enumeradas, es evidente que los preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2011 confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en lo que respecta a la gestión de ciertos créditos presupuestarios. En concreto, dichas facultades —que aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad—, implican que serán el órgano de Gobierno de la misma o el referido Consejero quienes, en un buen número de situaciones, determinarán la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos.

Por lo demás, el Título segundo de la Ley de Presupuestos arriba mencionada concluye, como es habitual, estableciendo, en su artículo 12, una importante cautela en relación con la modificación de créditos, al exigir que ésta deberá recogerse en un expediente en el que se expresen las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquélla, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

Junto a lo anterior, y con carácter adicional, se prevé el deber de remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de las resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en el referido periodo temporal, indicando expresamente, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que los aprueba, la normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. En consecuencia, permanecen inalterables, un ejercicio más, las distintas obligaciones de información que han de cumplimentarse en relación con el mencionado órgano legislativo en los casos de realización de las operaciones citadas en los párrafos precedentes.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2011 —bajo la rúbrica «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 16)—, viene a recoger un conjunto de previsiones cuyo objetivo se centra en evitar, en lo posible, la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas aquellas que conllevan repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

En este sentido, el artículo 13 de dicha Ley establece, siguiendo la línea habitual en este punto, que cualquier proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento del gasto en el ejercicio 2011, o en otro posterior, tendrá que incluir una memoria económica en la que se pongan de relieve las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán

financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (19). La referida exigencia afecta también a cualquier propuesta de acuerdo o resolución, condicionándose la efectividad de aquéllos a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada, de conformidad con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Por otro lado, y ya en lo que atañe a los compromisos de gasto de ejercicios futuros, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la competencia para acordar la autorización de este tipo de gastos en las hipótesis a las que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (20), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades y salvo que afecten a gastos por operaciones de capital, correspondiendo al Gobierno de Aragón dicha competencia en el resto de los supuestos contemplados en el último precepto citado. A su vez, el artículo aludido en primer lugar advierte que incumbe al referido Consejero la autorización de los gastos que se tramiten anticipadamente para el ejercicio inmediato siguiente, así como del gasto de ejercicios futuros en los casos no contemplados expresamente.

Junto a las medidas ahora mencionadas, y tratando de hacer realidad la finalidad aludida tres párrafos más atrás, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos para 2011 confiere al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la posibilidad de acordar las oportunas retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados, y ello hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que sólo resulta excepcionada —con buen criterio— en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales relevantes.

Como puede fácilmente comprobarse, las previsiones contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio proceden a otorgar al Gobierno o al Consejero competente en materia de Hacienda de nuestra Administración autonómica importantes facultades en sede presu-

(19) A este respecto, es importante recordar que el artículo 6.2 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria —precepto que tiene la condición de *básico*— establece que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos a los que se refiere el artículo 2 de la presente Ley (entre los que se incluyen las Comunidades Autónomas y los entes y organismos públicos dependientes de aquéllas), deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria».

(20) Dichas hipótesis son aquellas en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

puentaria. De hecho, ello se refleja también en relación con aquellos créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, dado que el artículo 14 de la referida Ley concede al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la facultad de autorizar, en estas situaciones, aquellas modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

Por lo demás, y como novedad de la presente Ley de Presupuestos, ha venido a incluirse un artículo 16 en el Título ahora examinado referido a las transferencias a organismos públicos, estableciéndose que, con carácter general, el reconocimiento de las transferencias nominativas destinadas a los mismos o a la Universidad de Zaragoza se realizará con periodicidad mensual por doceavas partes.

El Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2011 lleva por nombre «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 31).

Como viene siendo tradicional, este concreto Título se encarga de establecer el régimen retributivo aplicable, por un lado, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otro, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2011. Sin embargo, el contenido de las previsiones recogidas en aquél no será objeto de un análisis detallado por ser ésta una cuestión que excede de los límites del presente trabajo.

Siendo esto así, únicamente ha de hacerse referencia al hecho de que las retribuciones del presente ejercicio experimentan, en relación con las del año 2010, idéntica variación a la establecida, acerca de esta misma cuestión, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, previsión que, según reconoce de forma expresa el artículo 17.1 de la Ley de Presupuestos de Aragón, se enmarca en las bases de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

En esta línea, el precepto citado en el párrafo precedente establece, en su inciso final, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que implique un crecimiento retributivo superior al establecido se adecue a lo dispuesto en el referido artículo, resultando inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan al mismo.

El Título sexto de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio, bajo la rúbrica de «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 32 y 33), constituye una de las muestras patentes de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras entidades territoriales de nuestra Comunidad.

En esta línea, el artículo 32 de la citada Ley hace referencia a los criterios de gestión del Fondo Local de Aragón, el cual se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en los Presupuestos de dicha Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. Este Fondo —desarrollado en el Anexo I de la Ley de Presupuestos— se compone de programas específicos relativos a tales Entidades y de determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

En lo que concierne a la gestión del Fondo Local de Aragón, se establece la obligación a cargo del Gobierno autonómico de informar trimestralmente a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en torno al grado de ejecución y destino específico de los créditos incluidos en dicho Fondo, debiendo indicarse su importe y destinatario, así como la actividad concreta que se apoya y la operación que se financia (artículo 32.3).

Por otro lado, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2011 regula los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen desglosados también en el Anexo I del mencionado Texto legal. En concreto, el Programa de Política Territorial —el cual constituye un instrumento multisectorial de ordenación del territorio— da cabida a un conjunto de dotaciones cuyo objetivo esencial radica en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas bien a través de actuaciones de la propia Administración autonómica, bien mediante medidas de fomento de entidades públicas o privadas.

El último Título de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2011 —«DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 34 a 38)— viene referido al régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como al de los avales que aquélla conceda a lo largo del citado año presupuestario.

En lo que se refiere al ejercicio 2011, ha de destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 624.580.400 euros (artículo 34.1), cantidad esta última, como ya hemos indicado en un instante anterior, algo inferior a la prevista para el año 2010. A este respecto, y como viene siendo habitual, la contracción del mencionado endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En cualquier caso, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento

deberán ajustarse en todo momento a lo regulado en la normativa vigente en la materia (21).

Junto lo anterior, el Gobierno de Aragón se encuentra también facultado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros; asimismo, se permite al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad, siempre que ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Por otro lado, el artículo 35 de la Ley de Presupuestos para 2011 contempla la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. En esta línea, y para los supuestos en que éstas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, requisito que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año cuando su importe, individual o conjunto, sea superior a un millón de euros a lo largo del ejercicio. Por lo demás, y con independencia de la modalidad de endeudamiento adoptada, el Gobierno de Aragón deberá comunicar trimestralmente la realización de las referidas operaciones a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón.

En lo que concierne a los avales públicos (artículo 36), es también el Gobierno de Aragón quien, a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, ostenta la competencia para su concesión, pudiendo otorgarse aquéllos a empresas radicadas en Aragón —con prioridad para las PYMES— respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. No obstante, el importe total de los citados avales no podrá rebasar la cantidad de 100 millones de euros —cuantía ésta que se ha visto incrementada en relación con

(21) A este respecto, ha de recordarse que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la L.O.F.C.A. Así, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el citado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

la prevista en ejercicios anteriores—, si bien su otorgamiento exigirá la previa autorización de la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cantidad de 600.000 euros.

A su vez, la concesión del aval exige, como es del todo lógico, el cumplimiento de una serie de requisitos de diversa índole. En este sentido, si el mismo es otorgado a empresas privadas, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Por su parte, los sujetos beneficiarios del aval deberán demostrar que no han sido sancionados —mediante sanción firme, por infracciones graves o muy graves— por las autoridades laborales competentes, así como también el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos, junto a lo cual se establece la obligación de presentar el correspondiente plan económico-financiero con la finalidad de poder verificar la viabilidad de la empresa.

Por lo demás, y como novedad respecto de Leyes presupuestarias anteriores, la norma vigente para el año 2011 ha venido a incluir un nuevo artículo 37 relativo a la posibilidad de formalizar —con autorización del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo— contratos de reafianzamiento y aval con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio en Aragón por un importe máximo global de 20 millones de euros, estableciéndose, a su vez, las condiciones exigidas para ello.

Una vez finalizado el examen de los distintos Títulos que conforman la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2011, resulta preciso realizar una sucinta mención acerca de *tres cuestiones* que presentan, sin lugar a dudas, una especial trascendencia y que aparecen reflejadas en el seno de las Disposiciones Adicionales y Transitorias de la referida Ley: 1) las tarifas y componentes fijos del Canon de Saneamiento; 2) la determinación del régimen al que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; y 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de ciertos créditos presupuestarios.

En lo que hace referencia a la primera de las cuestiones indicadas, es la Disposición Adicional 20ª de la Ley de Presupuestos la que —según aparece previsto en la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (22)— establece los componentes fijos de la tarifa y el tipo del Canon de Saneamiento aplicable. A este respecto, y al igual que en el Presupuesto para el año 2010, hemos de destacar que dicha Disposición procede a distinguir entre la tarifa general de aquel tributo y la tarifa específica aplicable

(22) Ley 6/2001, de 17 de mayo (art. 58.1).

al Municipio de Zaragoza, siendo esta última inferior a la general en atención al esfuerzo inversor realizado por dicho Ayuntamiento en la construcción de infraestructuras de saneamiento y depuración, estableciéndose, además, una bonificación del 100% del citado canon durante el ejercicio de 2011 para los usos domésticos e industriales que tengan lugar en dicho Municipio (23).

En segundo término, y en lo que se refiere al régimen de las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 6ª), la Ley ahora comentada recoge la exigencia de que el solicitante de aquéllas acredite debidamente la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social [salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (24)], así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

A mayor abundamiento, se prevé que la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la autorización del Gobierno de Aragón, régimen que también se aplica en el supuesto contrario, esto es, en aquellas situaciones en que, tras haber obtenido una subvención, se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en las hipótesis excepcionales autorizadas por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, respecto de un mismo proyecto, de aval y subvención.

De manera adicional, viene a precisarse que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus organismos autónomos y empresas deberán publicar en el B.O.A., con carácter trimestral, un listado-resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando el programa y línea de subvención, el nombre y domicilio del beneficiario, la finalidad y la cuantía. Asimismo, se prevé que una vez finalizado el ejercicio presupuestario, deberá remitirse a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón un listado-resumen de las subvenciones concedidas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

(23) El referido «esfuerzo inversor» aparece también reconocido en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, cuya redacción actual indica que el mismo «será compensado por la diferencia entre el tipo general del canon aplicable y las tasas de saneamiento y depuración aplicables en el Municipio, hasta que finalice la total compensación».

(24) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

Por último, y ya en lo que concierne a la tercera de las cuestiones arriba indicadas —gestión de ciertos créditos presupuestarios—, la Disposición Adicional 1ª de la Ley objeto del presente comentario se ocupa de este concreto tema en relación con el Presupuesto de las Cortes de Aragón, correspondiendo a las Disposiciones Adicionales 9ª y 18ª, respectivamente, el establecimiento de previsiones específicas en torno a la gestión de los créditos relativos a los Capítulos de Diversos Departamentos y de Administraciones Comarcales.

COP-16: NEGOCIACIÓN AMBIENTAL, ECONÓMICA Y SOCIAL ANTE LA LUCHA MUNDIAL CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

MARÍA EUGENIA RINAUDO

SUMARIO: I. PRESENTACION.- II. SUMMIT DE COPENHAGHE (COP-15), 2009.- III. SUMMIT DE CANCUN (COP-16), 2010.: 1. Argumentos tratados durante la COP-16. 2. Estructura de la COP-16. 3. Desarrollo de Foros durante la COP-16: A) Proyecto EuroClima. B) Programa Europeo del Cambio Climático (ECCP). C) Presentación OXFAM Internacional. 4. Conclusiones definitivas de la COP-16.- IV. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El cambio climático, es hoy en día, una de las problemáticas socio-ambientales mas importantes que deberá enfrentar la humanidad para su misma salvación. Sin contar con el equilibrio necesario que deberá tener en cuenta el hombre con el sistema ambiental para de esta forma, poder establecer los naturales parámetros en la biosfera. Por este motivo, la Organización de las Naciones Unidas, desde hace muchos años, se han unido a este esfuerzo y ha consolidado en Protocolos, Reglamentos y Conferencias Internacionales el trabajo en equipo de países desarrollados y en vías de desarrollo de todo el mundo, estableciendo, tecnologías a favor del ambiente, financiamientos «verdes» y demás mecanismos favorables al entorno y al hombre.

En este caso, la última Conferencia Internacional gestionada por las Naciones Unidas, fue el año pasado, 2010, en Cancún, donde se celebro la COP-16 y la CMP-6 y donde representantes de grandes y pequeños países de todo el mundo fueron los protagonistas del evento, en el cual, se lograron establecer financiamientos a favor de tecnologías «verdes» y desarrollos limpios, así como próximas actividades para proteger los diversos ecosistemas y especies animales. Y sobre todo, la principal meta de esta COP fue restablecer la confianza de las poblaciones del mundo entero en una próxima unión consolidada entre todos los países para poder luchar en contra del cambio climático.

Palabras clave: COP-16; CMP-6; cambio climático; tecnologías «verdes»; sistema ambiental; sistema social.

ABSTRACT: The climate change is today one of the social and environment problems most important that will face the humanity for his own salvation. Not to mention, with the necessary balance that must take account of the man with the environmental system, to thus natural to establish the parameters in the biosphere. For this reason, the United Nations, for many years, has joined this effort and has built in Protocols, Regulations

and International Conferences, the teamwork of both developed and developing countries worldwide, establishing, technologies for the environment, financing «green» and other mechanisms pro-environment and man.

In this case, the last International Conference maintained by the United Nations, was last year, 2010, in Cancun, where he held the COP-16 and CMP-6, where representatives of large and small countries around the world were the protagonists of this event, which is able to establish funding for «green» technologies and clean development, and future activities to protect the various ecosystems and animal species. And above all, the main goal of the COP was to restore the confidence of the peoples of the world for an upcoming union established among all countries to fight climate change.

Key words: COP-16; CMP-6; climate change; «green» technologies; environment system; social system.

I. PRESENTACIÓN

¿Qué tan difícil es poner de acuerdo todas las iniciativas e ideas de cada parte firmante del Protocolo de Kyoto? Es muy difícil, pero no debe ser imposible. ¿Qué tan arduo es «sensibilizar» a los países desarrollados y principales causantes del cambio climático de todo el mundo, a hacer frente a la lucha contra este problema? Es más difícil, pero no debería ser imposible.

Los datos alarmantes de contaminación ambiental en el mundo entero, son cada vez mayores, superando los niveles «normales» que habíamos visto años atrás. La pérdida de biodiversidad (tema que, por cierto, fue tratado el año pasado, 2010, con el Año Internacional de la Biodiversidad) y donde sociedades y organizaciones gubernamentales y no, de todo el mundo, pudieron trabajar en la protección de la conservación de entornos, espacios y medios donde habitan estas especies, así como también trabajar en específico con las especies animales y vegetales más vulnerables.

Todos tenemos una responsabilidad con nuestro medio ambiente. El ser humano desde hace millones de años ha estado en contacto con el entorno, aprovechando sus recursos naturales (y creyendo que fueran renovables, simplemente, para siempre). El día que entendimos que los recursos naturales (la mayoría) no son renovables, fue cuando entendimos que en realidad el medio ambiente que nos rodea es importantísimo y debemos seguir aprovechando estos recursos, sin necesidad de desaparecerlo.

Debemos ser capaces de tomar decisiones sustentables a favor de nuestro medio ambiente, y no solo. También para nosotros mismos, la raza humana, ya que sin agua, vegetales, animales, aire o suelo, no podremos seguir habitando en este espacio terrestre. Y en ese caso, la tecnología y la computación no servirán de mucho a abastecer nuestras necesidades básicas.

Sin embargo, sabremos ¿qué significa el cambio climático? ¿Nos afecta a todos, o a solo una parte de la población mundial? Para responder a todas estas «dudas», me dirijo hacia una fuente innumerable de recursos informativos y didácticos, indispensable para ciudadanos y ambientalistas, el IPCC (Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático).

El IPCC, nace en 1988, gracias a la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). La función principal de este grupo de trabajo, según lo señala el mismo IPCC (2007), «consiste en analizar, de forma exhaustiva, objetiva, abierta y transparente, la información científica, técnica y socioeconómica relevante para entender los elementos científicos del riesgo que supone el cambio climático provocado por las actividades humanas, sus posibles repercusiones y las posibilidades de adaptación y atenuación del mismo».

El cambio climático corresponde simplemente a variaciones extremas de la temperatura mundial, el cual trae consigo numerosas consecuencias para las poblaciones y las comunidades ecológicas de todo el mundo. En un reciente informe del IPCC, se estableció que el cambio climático es originado principalmente de los efectos antropogénicos. Por medio de las actividades habituales de los seres humanos, se emiten muchísimas cantidades de dióxido de carbono (CO₂), principal gas contaminante que causa este problema climático o, como yo lo llamaría, «problema socio-climático».

Estamos ciertos entonces que el cambio climático es uno de los problemas ambientales más importantes del siglo XXI y afecta a todo el planeta Tierra. Sin embargo, los más afectados, serán los países en vías de desarrollo, sin mucha capacidad económica para hacerse cargo de numerosos efectos climáticos extremos, así como también una falta increíble de políticas y tecnologías verdes capaces de afrontar o mitigar estas consecuencias climáticas. Aunque el cambio climático afectará más a estos países, es cierto también que los países desarrollados, tendrán sus problemas en cuanto a estos efectos negativos. Y no se puede olvidar que estos países desarrollados son los principales causantes del calentamiento global, ya que la cantidad de industrias, autos, ciudadanos y hábitos «anti-ecológicos» es lo que abunda (por lo general).

II. SUMMIT DE COPENHAGHE (COP-15), 2009

En este orden de ideas, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), desde el 1995, organiza la Conferencia de las Partes (CP), en donde el principal argumento a tratar son los cambios medioambientales que han estado sucediendo a lo largo de los años. Problemas extremos con los residuos sólidos, cambios de clima excesivos para la época, falta de conciencia ecológica en las poblaciones;

en fin, una breve visión futurista de los problemas gravísimos que correría la población futura si no se comenzaba a trabajar desde ese momento.

Desde esa fecha, consecutivamente cada año, se realizan estas conferencias internacionales para tratar cada vez más el tema de la adaptación a todos estos cambios climáticos que involucran el sistema ambiental y social. Para resaltar estas CP, o como vienen llamadas hoy en día, COP, el penúltimo summit realizado fue en el 2009, el cual se celebró en Copenhague, Dinamarca, pero el cual dejó marcadas influencias negativas, tanto en la población mundial, como en los protagonistas de esta conferencia, ya que no se llegó a acuerdo importante, capaz de modificar la historia ambiental.

El acuerdo de Copenhague (con todas sus fortalezas y debilidades) incluye 30 millones de dólares para ser utilizados entre los años 2010 y 2012 para hacer frente al cambio climático. En el momento, decidieron que el Fondo Verde Climático de Copenhague, el cual proviene de fuentes públicas, privadas, bilaterales y multilaterales, se estableciera como entidad operativa del mecanismo financiero de la COP para apoyar los proyectos, programas, políticas y demás actividades en los países en vías de desarrollo relacionadas con la mitigación como el REDD+, la adaptación y mitigación, la creación y transferencia de tecnologías «verdes».

En pocas palabras, el verdadero resultado importante del summit de Copenhague fue que las grandes economías emergentes (tales como China o India) iniciaran por primera vez, a abrirse a la asunción de responsabilidades para limitar el crecimiento de los gases de efecto invernadero (GEI).

Asimismo, el presidente de EE.UU. Barack Obama, reiteró en una conferencia de prensa para los corresponsales de América durante la celebración de la COP-15: «si nos fijamos en un país como la India, que todavía tienen cientos de millones de personas que viven en extrema pobreza y aun sin electricidad. Para ellos, incluso voluntariamente, dicen que van a estar dispuestos a reducir su intensidad de carbono en un porcentaje determinado. Es un paso enorme. Les aplaudo por ello».

Según la canciller alemana, Angela Merkel, «este descubrimiento sienta las bases para la acción internacional en los próximos años», comentario publicado en el periódico alemán Bild am Sonntag. Tanto China y EE.UU., los mayores emisores mundiales de gases de efecto invernadero (GEI), fueron los protagonistas de los bajos resultados de la conferencia sobre el clima de la ONU.

Sin embargo, a pesar de las pobres soluciones que se dieron durante la COP-15, el canciller chino, Yang Jiechi, en un comunicado de prensa para corresponsales asiáticos afirmó que «con los esfuerzos de todas las partes, la cumbre dió resultados importantes y positivos».

Por su parte, el ministro de Medio Ambiente indiano, Jairam Ramesh, calificó como un «buen negocio» los resultados de la COP-15, y dijo que el periódico India Hindustan Times «había confirmado los intereses de las naciones en desarrollo y su soberanía nacional».

III. SUMMIT DE CANCUN (COP-16), 2010

Después del fracaso climático mundial recibido en Copenhague durante el desarrollo de la COP-15, en Cancún México, desde el 29 de Noviembre hasta el 10 de Diciembre del pasado año 2010, se celebró la XVI Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP-16) y el VI Encuentro de las Partes del Protocolo de Kyoto (CMP-6), durante la cual se estableció una marcada diferencia con respecto a los años anteriores: se restableció la confianza de los ciudadanos y se generó un acuerdo climático-financiero.

Sobre la base de las lecciones aprendidas en la Conferencia de Copenhague del año pasado (COP-15 del año 2009), el Gobierno de México ha buscado recuperar la confianza de todos los actores en el proceso, estableciendo así, mecanismos de consulta abiertos, transparentes, respetuosos y equitativos, ya que lo importante era recuperar esta fuerza de todos los ciudadanos del mundo en este esfuerzo multilateral.

Durante la COP-16, México subrayó la importancia de trabajar en el marco de las Naciones Unidas y llegar, así, a la instrumentación efectiva del esquema climático internacional que emana de la Convención Marco y el Protocolo de Kyoto. Existieron muchos esfuerzos en tratar los temas particulares del cambio climático y hay múltiples grupos de países afines que se reunieron para cooperar en la materia.

Para esto, las sociedades mundiales se organizaron de tal forma de abastecer el desarrollo de estos temas de manera organizada y cooperando entre todos. Gracias también a la participación directa del Gobierno de México y el presidente mexicano, Felipe Calderón, el cual se ocupó todos los días del evento junto a la canciller Patricia Espinoza, presidenta de la COP-16 y la CMP-6.

Únicamente bajo este esquema cada nación tiene derecho a hacer escuchar su voz y a hacer valer su voto en la toma de decisiones respecto al tema climático, y de esta forma poder entregarle a los ciudadanos resultados tangibles. Para esto, el gobierno mexicano, desplegó una serie de esfuerzos para facilitar las negociaciones, fomentando la construcción de entendimientos entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo. En esta Convención, la comunidad internacional en su conjunto ha buscado avances concretos para limitar el cambio climático y para adaptarnos a las transformaciones que

tienen lugar y, para ello, se requerirá en el futuro de la puesta en marcha de un mecanismo financiero estable lo antes posible.

Ya lo decía la embajadora Patricia Espinosa Castellano, durante la sesión introductoria de la COP-16: «Nuestras naciones sufren ya las consecuencias del cambio climático. El número de eventos climáticos extremos ha aumentado, y en tiempos recientes hemos visto dramáticos ejemplos como inundaciones en Pakistán, sequías en África, incendios forestales en Rusia. México y Centroamérica han sentido los embates de más fuertes y frecuentes huracanes. Los costos económicos y la pérdida de vidas humanas relacionadas con estos fenómenos son enormes».

1. Argumentos tratados durante la COP-16

El principal tema tratado en la COP-16, que se relacionó con todos los demás, fue la relación directa entre las sociedades y el cambio climático. No solo por el hecho de que seamos la principal causa del calentamiento, sino también por las terribles consecuencias económicas, políticas y culturales que afectarán al sistema social. En este caso, comienzo a pensar que hasta la metafísica, con una de sus leyes más importantes, la ley de causa-efecto, siempre nos ha recordado que cada palabra dicha o acto realizado tendrá, al final, una consecuencia, sea positiva o negativa. En este caso, con el cambio climático lamentablemente las consecuencias son más que negativas para todo el mundo.

En efecto, esta relación entre sociedad y medio ambiente, es la clave fundamental para establecer parámetros y resultados a cortos y medianos plazos con el fin de reducir los efectos de este problema y, de esta forma, poder proyectar un equilibrio entre los sistemas sociales y los sistemas ecológicos del planeta Tierra. Hablar a esta altura de una prevención hacia el cambio climático es imposible, debido al fuerte golpe que le hemos dado a la Tierra con nuestras actividades habituales por más de 50 años. Por esta razón, todos los científicos y ambientalistas nos referimos a una adaptación. Y una rápida y apropiada adaptación!

Los argumentos tratados en este vértice de Cancún fueron los siguientes: mitigación y adaptación a los cambios climáticos (solo el 15.9% de los fondos disponibles son destinados a las acciones de adaptación), financiamientos climáticos (decidir exactamente si los financiamientos irían tanto a los países en vías de desarrollo, como a aquellos con crecimiento económico sostenido, como Brasil y China), transferencias tecnológicas verdes (adopciones de tecnologías capaces de cuidar el ambiente y abastecer a las poblaciones, sobre todo aquellas en vías de desarrollo) y la deforestación (haciendo especial énfasis en el Año Internacional de los Bosques, el cual será celebrado desde

este año 2011 y donde sirve al empeño de todos los países industrializados de detener la deforestación).

La comunicación ambiental, el tema de las energías y tecnologías renovables o las llamadas «verdes», invenciones ecológicas y políticas económicas para abatir el cambio climático, fueron los principales temas más importantes tratados en el desarrollo de esta COP-16.

2. Estructura de la COP-16

En Cancunmesse, uno de las paradas más importantes de esta COP, se encontraban pabellones de las fuerzas geográficas más importantes, entre ellos, la Unión Europea, los Estados Unidos de América, Brasil, Ecuador, India, Emiratos Árabes y Sudáfrica (con mayor precisión a brindar información acerca de la COP-17, que se celebrará en este año, 2011, en Durban). Así como también stands de países como Francia, Alemania, Guatemala, Honduras, etc.

Por otra parte, Cancunmesse era el punto de encuentro informativo de decenas de instituciones y organizaciones presentes en todo el mundo, desde el continente americano hasta el continente asiático. Cientos de ideas innovadoras a favor del ambiente, informaciones actualizadas de datos climáticos, ecológicos, económicos y políticos acerca del cambio climático eran los protagonistas diarios en este espacio.

Era también un importante punto de encuentro para el desarrollo de importantes foros y seminarios, en los cuales se trataban temas regionales, nacionales e internacionales de todos los países que representaban la COP-16, así como también cooperaciones internacionales entre los países con proyectos para luchar contra el cambio climático.

El segundo espacio, tal vez mas importante, para el desarrollo de toda la COP-16 y la CMP-6, era el Moon Palace, en el cual, las figuras internacionales (presidenciales, diplomáticos y ministros) más importantes de todo el mundo, eran conscientes de estar siendo protagonistas de ejemplares cambios y, al final, se comprobó que, al menos, un pequeño paso fue dado, en comparación a la COP-15 realizada en el año 2009 en Copenhague, la cual, según muchos ciudadanos, políticos, ambientalistas y demás científicos del área, incluyendo a mí misma como ciudadana y ambientalista, fue un total fracaso.

3. Desarrollo de Foros durante la COP-16

Desde el primer día de encuentros en la COP-16, se observaron numerosos ejemplos de trabajos en equipo, de muchas ideas e innovaciones tecnológicas, informativas y de sensibilización y de cientos de personas de tantas nacionali-

dades, todas reunidas en el mismo sitio para tratar un solo tema: la mitigación y la adaptación al cambio climático.

A) Proyecto EuroClima

Durante la COP-16, en una sesión promovida por parte de la Unión Europea (en específico el CEPAL), se presentó el proyecto «EuroClima», donde se dio a conocer el último documento de síntesis (del año 2010), «La Economía del Cambio Climático en América Latina y el Caribe». Y la verdad es que los resultados son muy negativos para el desarrollo financiero y la conservación ambiental de los pueblos indígenas y ciudades urbanas de la mayoría de los países de Sud y Centro América.

Países vulnerables identificados en este documento son: Guatemala, Honduras, Chile, Paraguay, Uruguay, entre otros. Durante el evento, representantes del CEPAL, la Unión Europea, el Reino Unido y el BID eran presentes. Además, al final del evento participó con un pequeño intervento la embajadora británica en México, Judith MacGregor.

En primer lugar, el representante del CEPAL, identificó que se desarrollaron para este proyecto estudios económicos del cambio climático para su debida mitigación y adaptación apropiadas al sistema social de estos países latinoamericanos. Aclaro que los escenarios climáticos para la demanda energética en los principales países de Latino América fueron los que determinó el IPCC en uno de sus informes (A2 y B2).

Expresó además, la importancia de las consecuencias que conlleva la falta de negociación climática global y sobre la intensificación de su aclaración sobre la seguridad del estudio económico potencial, el cual sería la principal herramienta para determinar los reales daños del cambio climático en los países subdesarrollados de la América. De acuerdo con los resultados del último estudio, explicó que el sector más vulnerable es la agricultura, con cambios heterogéneos en todos los países y, por lo tanto, grandes pérdidas económicas debido a la falta de ingresos, tanto para la agricultura, como también para la silvicultura.

Los resultados también determinaron las pérdidas en la biodiversidad en América Central, como una media, serán entre un 33% y 58%. Sin embargo en países como Guatemala, El Salvador y Honduras podría alcanzar hasta el 70% de pérdida. En Ecuador, por ejemplo, las zonas de riesgo se deben al aumento de enfermedades como el dengue y la malaria, es decir, al riesgo de enfermedades mayormente tropicales. Así como también, las inundaciones y deslizamientos de tierra. Gran parte de la infraestructura eléctrica y el petróleo son considerados también como de alto riesgo.

En Brasil, el principal problema estaría relacionado con el acceso y disponibilidad al recurso hídrico. Esto, por su parte, también afectaría la relación con la pesca y conservación de zonas de manglares. Indicó que el mayor coste económico, «sería no hacer nada». Por su parte, los países más vulnerables de América Latina, víctimas de las consecuencias del cambio climático son Belice y Nicaragua.

En general, se prevé una reducción de hasta el 82% de la disponibilidad del agua para el año 2100 en Centroamérica, lo que supone una tierra seca (infértil) y con problemas potenciales en los principales cultivos alimentarios necesarios para los ciudadanos. La demanda de agua por el cambio climático podría aumentar hasta un 2000% si no hay esfuerzos de eficiencia y adaptación. Para Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú las tierras degradadas oscilarían entre 22% y 62% del territorio. Asimismo, un aumento global de la temperatura de 3°C provocaría también una caída en las precipitaciones sobre la Amazonía, amenazando la biodiversidad más grande del planeta.

En cuanto a la seguridad alimentaria, el sector agrícola se reduciría considerablemente debido al cambio climático, de acuerdo al crecimiento de la población del país. Por ejemplo, los rendimientos de maíz y granos (principales productos de mayor consumo en América Latina, no solo para las comunidades urbanas, sino también para las poblaciones indígenas) no serían para nada estables y sufrirían grandes consecuencias negativas.

B) Programa Europeo del Cambio Climático (ECCP)

Durante la COP-16, en el pabellón de la Comisión Europea, se trató en diferentes foros la importancia del Programa Europeo del Cambio Climático (ECCP, con sus siglas en inglés), es un esfuerzo iniciado por la Comisión Europea desde el Junio del 2000, con la finalidad de impulsar los esfuerzos necesarios para cumplir los objetivos del Protocolo de Kyoto. A través de las Direcciones Generales de la Comisión Europea, se han promovido integraciones horizontales en las políticas ambientales europeas. El programa ha tratado de abarcar toda la gama de partes interesadas en los procesos de desarrollo de estrategias necesarias y las herramientas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI). El EPCC, por lo tanto, fue puesta en marcha como un multi-proceso consultivo.

La consulta de los interesados y participantes en este programa, fue considerado esencial para el éxito europeo sobre la lucha del Cambio Climático, ya que reunió los conocimientos especializados necesarios para ayudar a la creación del consenso, lo que facilita enormemente la aplicación de medidas de mitigación y adaptación.

C) Presentación OXFAM Internacional

Otro encuentro muy rico de información climática en la COP-16 fue «Funding the Future-Establishing a Fair Climate Fund in Cancun» realizado por la OXFAM International, donde los protagonistas eran representantes de los pueblos indígenas, países en dificultades económicas y sociales, como el Mozambique, pero también algunos países desarrollados, como el caso de Reino Unido.

Durante este seminario se presentó el caso de los pueblos indígenas en Panamá, donde Florina López (representante de un pueblo indígena llamado Kuna) hizo hincapié en expresar que para ellos es muy importante el contacto con la naturaleza y que durante los últimos años han tenido fuertes inundaciones y pérdidas de cosechas, así como también la proliferación de enfermedades tropicales como la malaria, el dengue, y también algunas digestivas.

Debido a esto, desde hace algún tiempo, han comenzado a trabajar en proyectos de índole climático. Y en específico, uno llamado «Evaluación de los Ecosistemas al Cambio Climático». Sin embargo, se encuentran en serias dificultades técnicas debido a la falta de atención por parte del Gobierno panamense a prestar apoyo científico para el cambio climático y otros temas ambientales.

Afortunadamente, cuentan con el apoyo técnico y científico de asociaciones sin fines de lucro y de cooperación internacional como la misma OXFAM International, radicada en todo el mundo.

Por otra parte, el representante de Mozambique hizo referencia que para su país existen recursos vitales para afrontar el tema climático, tales como: los recursos locales, la educación y capacitación, con el fin de tener una verdadera agenda de adaptación climática.

Con respecto al caso de Reino Unido, hicieron mucho énfasis en la adaptación al cambio climático en el sentido técnico y científico, el valor cultural de la moral y la sociedad, especialmente en los países en vías de desarrollo y en la aplicación de tecnologías «verdes» en las comunidades organizadas.

Es evidente que la principal conclusión a la cual se llegó fue la de realizar un mapa local de la adaptación climática en los distintos sectores de las poblaciones. Es cierto que las normas internacionales deben de existir, pero en cierta forma, se deben comprometer a desarrollos locales, regionales y nacionales. De esta manera se podrán concentrar las energías sociales en temas de desarrollo común y en cuanto a la adaptación de los cambios climáticos.

4. Conclusiones definitivas de la COP-16

Para concluir, la lección que dejó el summit de Cancún, más allá de los documentos oficiales, está en el hecho del compromiso con nosotros mismos como sistema social y con el medio ambiente, como sistema ambiental, formando un equilibrio natural en la biosfera. El primer paso importante que dio Cancún, fue volver a tener la confianza de los ciudadanos y organismos multilaterales, dictado gracias al paquete de conclusiones.

Según el portal ecológico EFEverde español, las decisiones más importantes, las cuales se llevaron a cabo durante la COP-16 fueron las siguientes:

- ✓ *Se creó un Fondo Verde Climático (GCF):* el cual contará con el consejo de veinticuatro países (quince de ellos países desarrollados y veinticinco, países en vías de desarrollo), miembros de la Convención Marco. Además, cuenta con un fideicomiso promovido por el Banco Mundial (BM).
- ✓ *Periodo Fast Start:* se reconoce la necesidad de invertir 100.000 millones de dólares por año, a partir del 2020, para atender las necesidades de los países en vías de desarrollo. Además, el compromiso de incorporar 30.000 millones de dólares para la financiación rápida para el periodo entre el 2008 y el 2012.
- ✓ *Reducción de emisiones GEI:* los países miembros acordaron reducir para el año 2020, sus emisiones en un rango entre el 25% y el 40%, en relación a los niveles de emisiones del 1990.
- ✓ *Protocolo de Kyoto:* deciden realizar una segunda fase del Protocolo de Kyoto, para garantizar y actualizar los compromisos para la reducción de emisiones y medidas de adaptación a los cambios climáticos.
- ✓ *Acuerdo de Copenhague:* incorporan los compromisos adoptados en la COP-15 en materia de reducción de emisiones.
- ✓ *Marco de adaptación:* sobre todo en relación a las medidas de acción frente a desastres naturales, sobre todo en países en vías de desarrollo.
- ✓ *Meta climática mundial:* normalmente, se había establecido como límite para un aumento de la temperatura a máximo 2°C, sin embargo, durante las conclusiones, se estableció la posibilidad de disminuir este nivel a máximo 1,5°C.
- ✓ *Medición, reporte y verificación climática:* para las acciones de mitigación climática con apoyo internacional, con consultas y análisis internacionales (CAI).
- ✓ *Mecanismo REDD:* en cuanto al mecanismo de reducción de emisiones por deforestación y degradación de bosques, el acuerdo consiste en

realizar actividades tanto para conservar los bosques en desarrollo y explorar opciones de financiamiento. Asimismo, se establece la Declaración de derechos humanos de los pueblos indígenas, del 2007 para el REDD.

- ✓ *Mecanismo de Tecnología*: se establece un centro y una red de tecnología climática, el cual se encargara de identificar las tecnologías más adecuadas para hacer frente al cambio climático en los países que lo requieran.

En el mismo sentido, el representante de Estados Unidos señaló, según el portal electrónico «La Crónica de Hoy», que «lo que tenemos es un acuerdo que, sin ser perfecto, es una base para seguir avanzando ... este texto contiene el necesario equilibrio que abre el camino a seguir». Diversos representantes denominaron a las negociaciones de Cancún como una plataforma sobre lo que se espera resolver en Durban, Sudáfrica. En varios tonos, se dijo que el paquete forma parte de una negociación y no podemos obtener todo. «Es un toma y daca, Cancún será el lugar donde se tomarán decisiones concretas que servirán de base para decisiones más profundas», expresó el representante de Maldivas.

Por su parte, la delegación de China reconoció la buena voluntad política para lograr el éxito con la esperanza de que la Cumbre de Cancún arrojará resultados equilibrados. El resultado refleja las distintas visiones y, a pesar de las deficiencias, están satisfechos, pues se han guiado por las responsabilidades comunes pero diferenciadas. El Gobierno de Corea, a través de su representante, dijo que el Gobierno mexicano no ha decepcionado a la comunidad internacional en esta Cumbre. Sin duda alguna, la COP-16, fue un paso adelante para cambios positivos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ✓ Portal electrónico EFEverde (2010): *Las 13 decisiones más importantes de los Acuerdos de Cancún*, Madrid, www.efeverde.com.
- ✓ Portal electrónico «La crónica de hoy» (2010): *Acuerdo de Cancún, logro de la COP-16 para proteger los recursos naturales*, México, www.cronica.com.mx
- ✓ Programa Europeo del Cambio Climático (2001), Unión Europea, www.europa.eu

María José GONZÁLEZ ORDOVÁS: *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José: *De formas y normas. A propósito del insincero poder del urbanismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 158 pp.

María José GONZÁLEZ ORDOVÁS, profesora titular de Filosofía del Derecho en nuestra Universidad, presenta un interesantísimo libro dedicado al análisis y a la reflexión filosófica sobre el urbanismo moderno. No es tema nuevo para María José que ya con «Políticas y estrategias urbanas», editorial Fundamentos, año 2000, realizó una valiosa aportación al enfoque filosófico de la dimensión espacial del poder y la percepción del fenómeno urbano. En la presentación del libro, celebrada en la librería Cálamo de Zaragoza, José Bermejo apuntó certeramente que el reglamentarismo administrativista ha llegado a confundir la práctica del urbanismo y que hay que detenerse a reflexionar sobre la vivencia humana, individual y colectiva, que late en toda práctica urbanística. Y a ello ayuda, y mucho, el libro de María José.

El libro se deja leer cómodamente y atrapa enseguida con el planteamiento de los problemas urbanos de nuestras ciudades abordados como «espejo» y más válida representación de nuestra moderna sociedad. La ciudad es un producto social y si nuestra sociedad se caracteriza hoy en día por la obsesión de la seguridad y el consumo compulsivo, la ciudad reflejará el miedo y el individualismo derivados de ello. Su lectura me ha confirmado que la división económica y social del espacio se perpetúa como estrategia del poder y forma de dominio en unas ciudades cuyos habitantes han perdido la capacidad de organización y respuesta colectiva, anuladas por un sistema que ofrece abundancia y consumo —envueltos unos renovados, atractivos y «seguros» formatos estéticos— que sólo desde la marginalidad de la periferia urbana es esporádicamente alterada, de manera más o menos violenta, por los excluidos del sistema.

El libro se estructura en seis capítulos que mantienen la coherencia de un mismo discurso abordado desde aspectos complementarios. Esto quiere decir que la lectura no necesariamente debe guardar el orden de la edición y que la inevitable relectura que merece puede «pinchar» en cualquier capítulo o epígrafe, pues no hay párrafo que no aporte «sustancia».

María José es una enamorada de la ciudad y cree en su poder de emancipación y, sobre todo, de felicidad. Su análisis y crítica, desde la amplia visión de la filosofía del derecho, a las formas y a las normas del urbanismo «insincero» pretenden conectar con la tradición liberalizadora del estatuto de la ciudadanía, tradición que como tal es colectiva y social. Por eso el estatuto ciudadano asiste a su anulación de la mano de la primacía que los derechos individuales, más bien diría individualistas, adquieren en la ciudad moderna

sobre las obligaciones colectivas. Certero en este sentido el capítulo dedicado al «nuevo consumidor de derechos» donde, más allá de las repercusiones estrictamente «urbanas» que centran el conjunto del libro, se reflexiona también sobre el Derecho, el consumismo y la «cultura de la queja» donde se señala que hoy en día «la legitimidad del derecho descansa cada vez más en su papel mediador, maleable y adaptable a las necesidades y exigencias del consumo y los consumidores» (pág. 126), así hasta convertir al derecho también en objeto de consumo y a nosotros en «consumidores de derecho».

Si embargo el hilo conductor del conjunto de trabajos del libro es el reflejo que esos nuevos valores basados en la seguridad, el individualismo y el consumismo han tenido en la construcción de la nueva ciudad-global. La realidad de los problemas que analiza no tendrían tanto que ver con la ciudad sino con la forma en que éstos se expresan en la misma: «*ciertos problemas no son específicamente urbanos sino de la sociedad, pero sí son aprovechados e instrumentalizados por determinadas corrientes de pensamiento especialmente norteamericanas para sostener una crítica implacable en contra de la ciudad*» (pág. 95) Por eso he comentado anteriormente que la autora es una defensora del poder emancipatorio de la ciudad y de esa entrega se derivan las críticas que acopia. El último epígrafe del último capítulo del libro «*Ciudad vencida, ciudad invicta. Ensayando un final no pesimista*» es buena prueba de ello.

El repaso de las cuestiones urbanas candentes es exhaustivo y enlazado siempre con las correspondencias pertinentes a una sociología jurídica siempre ilustrativa y apoyada en las aportaciones más novedosas de la doctrina. Pero que nadie piense que se trata de un trabajo puramente conceptual. ¿Cómo iba a serlo hablando de algo tan «real» como la ciudad donde vivimos? En esta aproximación también se habla, y mucho, de lo concreto e incluso de lo profesional. Una muestra de ello es la carga contra el paradigma funcionalista y la práctica urbanística de la zonificación, que en su versión jurídica es la calificación del suelo, y que sustenta la técnica del moderno planeamiento urbano. Los procesos de segregación social de la ciudad estarían provocados por la generalización de tal práctica. Quizás podría objetarse que la errónea aplicación de una técnica no implica su descalificación. El fenómeno urbano ha alcanzado, como reconoce la propia autora, proporciones inimaginables hace escasamente un siglo, y es dudoso en mi opinión de modesto urbanista, que la complejidad de nuestra sociedad urbana pudiera ser ordenada satisfactoriamente de manera alternativa. Cuestión distinta es que la implacable lógica de la economía inmobiliaria haya «secuestrado» el planeamiento y la técnica de la zonificación para ponerlos al servicio de la estrategia de división económica y social del espacio y asignación arbitraria de plusvalías. Ese es el verdadero conflicto que subyace en toda práctica urbanística en un modelo capitalista de producción.

Las referencias acertadas al «desanclaje de los sistemas sociales» de GIDDENS, a la «sociedad del riesgo» de BECK o la moderna «felicidad paradójica» de LIPOVETSKY sirven a María José para explicar la no-sociedad global y su impronta neoindividualista, basada en los pilares de la seguridad y el consumo, con el refuerzo —que nunca desapareció— del «despotismo administrativo» que ya predijo TOCQUEVILLE. Creo que existen también otras referencias explicativas a las transformaciones del Estado contemporáneo como la dinámica de la «privatización permanente» que describe Juan Ramón CAPELLA y que también aflora en la autora al citar la «localización competitiva» de la que habla GARCÍA ECHEVERRÍA así como en la descripción acertada del capitalismo global como «antisocial» y «anticolectivo» y cómo a través de la anulación de las relaciones sociales acaba imponiendo un panorama de fragmentación y fragilidad social cuyo reflejo en la ciudad, a través de las nuevas «formas» urbanas, es constatable. Estas nuevas formas urbanas, ligadas a los conceptos de seguridad y consumismo —«*El consumo estructura la actividad productiva, lucrativa y nuestra vida privada entera*» (pág. 49), o «*La soledad del individuo en una sociedad sin hombres sustituida por una sociedad de consumidores afecta, y no poco, a nuestras ciudades*» (pág. 65)—, son homogeneizadas en el ámbito del mercado único y global en que el capitalismo ha desembocado. Es evidente que el modelo urbano se ha extendido y hecho uniforme en todo el planeta al galope del proceso de urbanización acelerado de la población mundial y del desarrollo de las fuerzas productivas del capitalismo global.

María José describe con una capacidad de síntesis extraordinaria las dinámicas sociales contemporáneas y su exacto reflejo en la construcción de las nuevas realidades urbanas. Así, por ejemplo, ilustra también no sólo la evolución de la concentración de la población en los centros urbanos, algo consustancial a los procesos de despegue económico en los países emergentes, sino el incremento de consumo de territorio y transformación de suelo que se da en nuestras sociedades desarrolladas, donde a pesar de que los movimientos migratorios campo-ciudad corresponden a una etapa de desarrollo superada, la dinámica expansiva, la «*disposición depredadora hacia lo periférico*» (pág. 105), el consumo de suelo por parte de las ciudades se ha incrementado con la importación, además, de tipologías de asentamientos norteamericanas. Dinámica insostenible por lo que de consumo de un recurso limitado supone pero dinámica, al fin y al cabo, coherente con la lógica del mercado inmobiliario y su necesidad de apropiación de las plusvalías generadas por el «ejercicio» de la función pública urbanística. El escenario que describe la autora es el paso de la ciudad-urbana a la ciudad-territorio, paisaje «*desparramado*» cuyo eje vertebrador es también el consumo (de ocio, de paisaje, de naturaleza... de lo que sea), una presencia que se hace global a través del poderío del mercado y que gracias a las nuevas tecnologías y la deslocalización acaba siendo ya «ciudad-flujo» condenando a las históricas ciudades a convertirse

en meros parques temáticos —consumo también— y modelo en muchos casos para su copia y reproducción.

El libro es una reflexión general en la que no podemos encontrar referencias concretas y reconocibles. Mucho se cuida María José en entrar a juzgar decisiones urbanísticas concretas de nuestro inmediato entorno espacial y temporal. No obstante sus reflexiones no pueden caer en saco roto. Como humilde urbanista práctico añado que la vieja lógica basada en las dinámicas de periurbanización y «reclasificación» de suelo, cuando sólo obedecen a las necesidades inducidas de generación de plusvalías del capital inmobiliario —o financiero, que viene a ser lo mismo— se ha llamado siempre «especulación de suelo». Ahora, con las nuevas «formas» —que también alcanzan no sólo y como describe María José a la resultante del espacio urbano construido sino a las dinámicas políticas y a los procedimientos administrativos de su planificación— la especulación se reviste de celebración de «eventos» y de «diseño» caro para enmascarar las decisiones de siempre. En ese aspecto creo que la posmodernidad encierra, en verdad, nuevas «formas» para una dominación cuya lógica implacable, y de clase, poco ha cambiado como expresión de las relaciones económicas de producción.

Esta observación no es baladí. Como necesaria consecuencia del consumismo que nos envuelve las denominaciones y envoltorios de presentación que ahora utiliza el nuevo «*despotismo administrativo*» para la «venta» de sus decisiones no son inocentes. Plantear por ejemplo, y para citar algo concreto que nos haga bajar de la esfera de las ideas y la filosofía a la cruda realidad, la pura y dura reclasificación de la huerta de las Fuentes como «*revitalización de la orla este*» y disfrazar la misma con la celebración de otro «*evento internacional*», no es sino seguir en una línea especulativo-inmobiliaria que el capitalismo español, tan identificado históricamente con la plusvalía del hormigón y el ladrillo, ha cultivado con una especialización característica, que encontró en el franquismo un marco de acción apropiado pero que se ha perpetuado en la democracia (quizás con la excepción de los primeros años de Ayuntamientos democráticos y de los frentes de izquierdas PCE-PSOE entonces concertados) adaptándose, eso sí, a una «formalidad» engañosa, hasta «posmoderna», cuya resultante fragmentada en lo social y homogeneizada en lo formal tan bien describe María José.

No por sabido, y en esta época de discursos simplistas y políticas de escaparate —«*verborrea fuera de discursos insustanciales*» (pág. 130)— resulta necesario recordarlo, «*es la morfología social y no la urbana la que finalmente establece para qué sirve y qué significa un lugar y su entorno*» (pág. 73) y qué lugar, añadiría yo, ocupa en el esquema de división económica y social del espacio que impone el modo de producción capitalista. Por ello en la línea de defensa de la ciudad como espacio de libertad advierte María José del

peligro de culpabilizar a la ciudad de todos los males. La imputación sería la contraria y la ciudad se convertiría en una víctima más de un modelo de desarrollo insostenible, lo que no la exime de su papel, más necesario que nunca, como «*motor de consenso y democracia*» (pág. 158).

Una objeción, sin embargo y como excepción a un discurso que me parece inobjetable, me asalta en el desarrollo de esta idea por parte de la autora cuando achaca a la fragmentación competencial que en materia de urbanismo existe en el ordenamiento jurídico vigente el detrimento de uno de sus principales desvelos: «el urbanismo sostenible». Hay que reconocer que la descentralización administrativa en Comunidades autónomas y municipios de las competencias en materia de urbanismo ha deparado no pocos casos de utilización abusiva, «*insostenible*» para desvelo de la autora, e incluso de prácticas directamente delictivas. El resultado, como ya he apuntado más arriba, no está sin embargo muy alejado de la situación que también se dio en el franquismo con un férreo sistema centralizado de toma de decisiones en la materia, con la desventaja añadida de impedir cualquier crítica o reacción contra dichas prácticas. La concertación territorial, y la práctica que la misma conlleva de contrapesar las competencias e intereses de las distintas Administraciones involucradas en los tres estadios de actuación: estatal, autonómica y local, creo que arroja más ventajas que riesgos. Bien es cierto que asistimos en los últimos años a un discurso más o menos extendido que tiende a reforzar la centralización de las decisiones, bien en la instancia estatal o bien en la autonómica, puesto que las Administraciones autonómicas bien pueden implantar modelos de decisión centralizada. La realidad muestra, sin embargo, que la corrección de las decisiones no tiene nada que ver con la instancia que las tome; aquí en Aragón hemos contemplado atónitos como un proyecto tan disparatado en todas sus vertientes como Gran Scala era formulado por la propia Administración autonómica y, seguramente, hemos caído en la tentación de echar en falta una necesaria intervención «estatal» que corrigiera tamaño desmán. Los riesgos de aplicar el principio de subsidiariedad, como expresión de una legitimidad democrática, están sin duda ahí y pueden hacernos añorar la intervención de una autoridad competente, central por supuesto, que corrigiera vicios y faltas. No creo que sea esa la intención de la autora aunque el tema, sin duda, está hoy en el centro de muchas discusiones.

Interesante me parece la idea relacionada también con la sostenibilidad centrada en el componente social del concepto, superando su esencia medioambiental, y enlazándolo con la expresión espacial: «*La segregación espacial y la sostenibilidad social son excluyentes, donde está la una no hay sitio para la otra*» (pág. 81). En este tema, como no podía ser menos, cobra relevancia el fenómeno de la inmigración que sólo puede ser tratado desde la «integración» en la realidad social y en el espacio urbano. La pérdida de identidad

BIBLIOGRAFÍA

que aparece como una de las «amenazas» asociadas a la inmigración es otra manifestación de la crisis de seguridad social y como problema en la ciudad y no problema de la ciudad: «Se rechaza al diferente, al no semejante por ser él quien con su presencia amenaza de desintegración la colectividad en la que habita» (pág. 89). La respuesta desde el urbanismo no ha sido todo lo integradora que sería deseable y la experiencia de las periferias francesas edificadas en los años sesenta del siglo pasado y convertidas ahora, tras un proceso de «ghetificación», en centro de la insurrección incontrolada parece que no sirve de aviso a decisiones de planificación bien cercanas que vuelven a reincidir en dinámicas de división económica y social del espacio.

Tiempos, en definitiva, de cambios urbanos «con la globalización imparable, la alteración del sentido del tiempo y espacio tradicionales y ante el protagonismo indubitado del espectáculo como forma de relación social asistimos a una nueva condición urbana y por tanto una nueva experiencia pública sin que la clásica haya desaparecido» Frente a esta auténtica mutación el análisis y las reflexiones de María José GONZÁLEZ nos brindan referencias sólidas para no perdernos en las discusiones que nos caracterizan, y caricaturizan, muchas veces a los urbanistas: la equidistribución, el agente urbanizador, los convenios de gestión, las disparatadas justificaciones a reclasificaciones varias.....la realidad terca nos sumirá de nuevo en ellas pero mientras tanto qué refrescante es acudir a una fuente de filosofía como la que emana de María José.

José Luis BARTOLOMÉ NAVARRO

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *Lecciones de Derecho Urbanístico aragonés*, Colección Cátedra de Derecho Local, Civitas-Thomson Reuters, Universidad de Zaragoza y Gobierno de Aragón, Cizur Menor, 2011, 209 pp.

Compartiendo el estilo didáctico y riguroso, que pretende con acierto la Colección Cátedra de Derecho Local en la que se inserta, el profesor LÓPEZ RAMÓN ha alumbrado las Lecciones de Derecho Urbanístico Aragonés que comentamos. Si bien el trabajo ciñe su contenido esencialmente a la regulación de las principales instituciones del derecho urbanístico contenida en la vigente Ley 3/2009, de 17 de junio, Urbanística de Aragón, su aprovechamiento e interés trasciende los meros límites territoriales autonómicos. El libro, sin desdoro de su brevedad y concisión, constituye un excelente compendio de instituciones urbanísticas básicas, que transmite una visión general sobre el derecho urbanístico español desde la especificidad de la legislación aragonesa.

El autor sistematiza el contenido de la obra conforme a criterios canónicos, propios del estudio académico de este sector de intervención administrativa. Inicialmente, en la primera lección, aborda la determinación del sistema de fuentes del derecho y la organización administrativa del urbanismo. Para ello, analiza tanto la evolución de la legislación urbanística estatal y aragonesa, con especial incidencia en las recientes y reiteradas reformas habidas en ambos niveles ordinamentales, como el entramado organizativo al que se encomienda su gestión. En este sentido destaca la separación entre el urbanismo y la ordenación del territorio habida en el seno de la Administración autonómica, con el consiguiente proceso de sectorialización del gobierno territorial plasmado en la constitución separada del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón y los Consejos de Urbanismo, y el evidente protagonismo municipal que, sobrepasando las competencias meramente ejecutivas, alcanza a la definición del modelo de ciudad.

La segunda de las lecciones se dedica al estudio del régimen jurídico del planeamiento territorial y urbanístico. Tras identificar la ordenación del territorio como función pública orientada a la coordinación del planeamiento urbanístico municipal y de las funciones sectoriales con relevancia territorial y describir los instrumentos de planeamiento regional previstos en la Ley de Ordenación del Territorio aragonesa de 1999 y la incidencia de la ordenación medioambiental, se ocupa con particular detalle del Plan General y las diferentes figuras del planeamiento derivado y complementario, tanto desde el punto de vista de su contenido como del procedimiento para su aprobación. La relación entre el planeamiento urbanístico general y el derivado, tradicionalmente interpretada en clave estrictamente jerárquica, es modulada al referir la superioridad del

Plan General solo al contenido que tiene reservado por ley. Criterio que el autor entiende refrendado en la legislación aragonesa al permitir que los Planes Parciales y los Planes Especiales puedan modificar la ordenación pormenorizada de los Planes Generales, sin modificar su ordenación estructural, salvo previsión contraria expresa.

Particular relevancia concede a la figura de los convenios urbanísticos como instrumentos paccionados de planeamiento, abordando tanto su admisibilidad como sus efectos. La legislación urbanística aragonesa, en línea con reciente jurisprudencia que condiciona su admisibilidad a la concurrencia de un interés público debidamente justificado, permite su utilización y establece limitaciones tanto de fondo como de forma. En relación con los efectos, el incumplimiento de convenios que comprometan comportamientos permitidos a la Administración es caracterizado por el autor como incumplimiento de un contrato administrativo válido y en consecuencia redimible mediante la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

La lección tercera afronta el estudio del régimen urbanístico del suelo. Con carácter preliminar proporciona los conceptos generales empleados por el legislador estatal y autonómico para fijar los destinos urbanísticos del suelo y el régimen del derecho de propiedad del mismo. Conceptos tales como situaciones básicas, clases, categorías y zonas de suelo y los diferentes efectos que producen en la ordenación de éste son objeto de didáctica y clara exposición, así como la relación existente entre los destinos urbanísticos y los derechos de propiedad del suelo. Tras ello se ocupa de las grandes clases de suelo, urbano, urbanizable y no urbanizable, y sus distintas categorías, con una especial incidencia en la importancia de la conservación, mejora y rehabilitación del suelo urbano que, a juicio del autor, debiera convertirse en objetivo fundamental del urbanismo, en detrimento de los procesos de nueva urbanización y transformación del suelo que han favorecido el crecimiento desaforado de nuestras ciudades.

La cuarta lección analiza los distintos instrumentos de gestión urbanística, desde la reivindicación previa de la existencia de intereses públicos en la misma. Se exponen las diversas herramientas de actuaciones integradas de transformación urbanística, que con carácter general habrán de utilizarse en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable (unidades de ejecución, proyecto de urbanización, proyecto de reparcelación, obtención de terrenos dotacionales, conservación de la urbanización y sectores prioritarios). Se analiza el estatuto jurídico del promotor de la urbanización, en los casos en que ésta, siempre pública, se realice mediante agente urbanizador, tal y como opta la legislación autonómica mediante disposiciones que se califican como de contenido insólito y favorecedora del beneficio de aquel. Asimismo estudia los distintos sistemas de gestión urbanística, interpretando que la opción del

legislador básico a favor del sistema de urbanizador no excluye la aplicación autonómica de las tradicionales restantes fórmulas gestoras, y los patrimonios municipales del suelo y las áreas de tanteo y retracto como instrumentos de lucha contra la especulación inmobiliaria. Por último considera el estudio de las peculiaridades que la legislación urbanística establece en relación con la expropiación y la responsabilidad patrimonial como garantía patrimonial del administrado.

Especial interés despiertan las breves y concisas apreciaciones que el autor realiza respecto del debate suscitado en relación con el papel de la propiedad y la empresa en la urbanización, mediante las que cuestiona los argumentos jurídico-constitucionales y de oportunidad política y conveniencia técnica que han fundamentado la introducción en nuestro régimen jurídico de la opción preferente a favor del sistema de urbanizador, e impugna la distinción entre propiedad y empresa que la sustenta.

Por último la quinta lección se dedica a la edificación, como resultado final del proceso urbanístico, con especial atención a la incidencia de la Directiva de Servicios en el régimen jurídico de las licencias, y al restablecimiento de la legalidad urbanística y ejercicio de la potestad sancionadora.

El carácter didáctico del libro se acentúa con la inclusión junto a cada una de las lecciones de una bibliografía básica y de supuestos prácticos reales con su correspondiente solución, ya que con acierto afirma LÓPEZ RAMÓN « *acostumbrarse a entender un supuesto de hecho, identificar los problemas que plantea, manejar la legislación y la jurisprudencia, y exponer los fundamentos jurídicos adecuados, constituye la mejor manera de continuar la labor de aprendizaje iniciada con el estudio de la teoría* ». En época de innovaciones pedagógicas, siempre convenientes, no está de más recordar la clásica imbatibilidad de la combinación de conocimiento teórico y aplicación práctica del mismo.

Bajo la modesta denominación de lecciones, en línea con la mejor tradición académica española sobre derecho urbanístico, nos encontramos con una obra completa, coherente y exhaustiva en lo esencial, que combina la exposición de la regulación positiva del urbanismo en la C.A. de Aragón con la defensa del urbanismo entendido como función pública, la preocupación ante la segregación socio-espacial y la preservación medioambiental y la opción por la defensa de un modelo de ciudad compacta frente a la urbanización dispersa y desaforada.

Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS

PASTOR SELLER, Enrique: *Participación ciudadana y gestión de las políticas sociales municipales*, Murcia, 2009, 318 pp.

El autor analiza, desde una perspectiva tanto teórica como práctica, las posibilidades y mecanismos participativos que se pueden implantar en los municipios —así como los ya existentes—, dado que éstos ocupan una posición central en la mayoría de las políticas que tienen que ver con el bienestar social de los ciudadanos.

Se realiza una reflexión teórica y empírica en torno a la sustantividad y transversalidad de la participación ciudadana en la intervención social y en la gestión, implementación y evaluación de las políticas sociales, concretamente en el ámbito de los servicios sociales municipales. Para su adecuada ilustración se presentan los principales hallazgos, resultados y alternativas de una reciente investigación empírica sobre el asunto realizada en el contexto regional, contrastando y comparando sus resultados con realidades y tendencias observadas en otros estudios y experiencias de ámbito nacional e internacional y, más concretamente, las contribuciones, limitaciones y tendencias más significativas de los Consejos e Institutos en su capacidad para influir en los procesos de democratización en la construcción de las políticas sociales en el ámbito local.

El texto privilegia la concepción operativa de la participación, entendida como modo/proceso de acción y transformación social, al vincularla a su articulación en mecanismos concretos y orientada a conocer en que medida influyen o pueden influir en el proceso de toma de decisiones respecto del diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas de servicios sociales en el ámbito municipal y, a su vez, reflexionar en torno a estrategias prácticas que permitan gestionar y orientar la intervención profesional y/o política para mejorar la realidad social e institucional desde el compromiso social de los Servicios Sociales de Atención Primaria. Un apasionante análisis teórico y empírico que incide en una línea de investigación e intervención social innovadora y de alto interés estratégico para el análisis actual y futuro de las políticas sociales municipales en general y de los servicios sociales en particular, el papel de las organizaciones sociales en dicho sistema y las competencias, compromisos y estrategias necesarias de los profesionales vinculados a la intervención social, la participación y los servicios sociales.

En cuanto a su estructura, el texto plantea inicialmente un marco teórico, conceptual, empírico y normativo respecto de los discursos y prácticas existentes sobre la participación ciudadana y la intervención profesional vinculada con la política social local. A continuación se presenta la situación de la participación

ciudadana en la política de servicios sociales municipales, especialmente en la región de Murcia, estableciendo análisis comparativo de casos y contextos. Se ofrece así un conocimiento de las formas de organización de la participación ciudadana en los servicios sociales identificando, caracterizando y comparado las oportunidades e instrumentos de participación ciudadana existentes; analizando en qué estos contribuyen a una mayor democratización de los procesos de elaboración, gestión y evaluación de las políticas sociales locales desde sus propios participantes. Finaliza exponiendo las conclusiones, potencialidades, oportunidades y limitaciones más significativas de los Consejos e Institutos de Servicios Sociales para ejercer una ciudadanía activa; así como las tendencias, estrategias y propuestas de acción concretas desde los participantes para influir de manera más decisiva y sostenible en los procesos de democratización en la construcción de las políticas sociales en el ámbito municipal y en el cambio de los Servicios Sociales de Atención Primaria.

En definitiva, el autor —con una gran experiencia práctica en los servicios sociales municipales— apuesta por el modelo de *buena gobernación*, modelo que se centra en la calidad de vida de los ciudadanos, que aumenta cuando sus miembros sienten un compromiso personal con la comunidad a la que pertenecen, y no sólo en la mera prestación de servicios.

Un libro que contribuye a la reflexión y al debate de la participación ciudadana en las políticas sociales en el ámbito local por parte de los actores involucrados en su diseño, implementación, gestión y evaluación (políticos, técnicos, entidades sociales, grupos y ciudadanos), así como en los contextos relacionales y de intervención social necesarios que pueden contribuir a construir procesos democratizadores, el ejercicio práctico de la ciudadanía activa y la transformación de las políticas sociales en el ámbito municipal.

Margarita SÁNCHEZ MILLÁN

SALANOVA ALCALDE, Ramón: *Manual sobre organización y funcionamiento de los municipios*, Colección Cátedra de Derecho Local, Civitas- Thomson Reuter, Universidad de Zaragoza y Gobierno de Aragón, Cizur Menor, 2011, 201 pp.

Sirvan estas breves líneas para dar la bienvenida a nuestro panorama bibliográfico a la Colección Cátedra de Derecho Local de la editorial Civitas-Thomson Reuter, patrocinada por la Universidad de Zaragoza y el Gobierno de Aragón, que con un estilo evidentemente didáctico y riguroso, pretende la divulgación de la regulación de las principales instituciones e instrumentos que conforman el derecho local aragonés.

La obra de SALANOVA ALCALDE que comentamos encaja perfectamente con la finalidad perseguida por la colección: divulgación, sin menoscabo del rigor expositivo; sencillez en la exposición sin simplificación de los contenidos.

El autor, profundo conocedor de la realidad local aragonesa y de su marco normativo de actuación, con un lenguaje directo y una sistemática clara y carente de fárragos innecesarios, aborda el estudio tanto de las normas referidas a la organización y al funcionamiento de los municipios como de su concreta aplicación práctica. Para ello utiliza elementos de distinta naturaleza, tales como la exposición de las variables socio-políticas y demográficas que encuadran la actividad de nuestros municipios, el análisis de los preceptos de la legislación local aragonesa aplicables y la noticia de la Jurisprudencia imprescindible dictada al respecto por los Tribunales de Justicia.

El Manual expone los principios esenciales de los sistemas de gobierno municipal, la composición y atribuciones de los órganos municipales, y el régimen de funcionamiento de los mismos. Testimonio de su vocación práctica y de su concepción como instrumento de apoyo básico en la labor a desarrollar por los distintos operadores jurídicos y políticos en el seno de nuestras corporaciones locales, lo constituyen capítulos como el dedicado a la puesta en funcionamiento de la corporación renovada, que supone una inestimable guía en la adopción de los acuerdos y resoluciones organizativas de obligada realización en esos siempre improvisados y azarosos días iniciales de toda nueva corporación municipal.

Particular relevancia adquiere por su exhaustividad, dentro de la general brevedad y concisión de la obra, el análisis del estatuto de los concejales. Cuestiones como la declaración de bienes y actividades de los concejales, las incompatibilidades y su inevitable incidencia en los contratistas de obras y servicios municipales, el acceso a la información y documentación administrativa,

y los derechos laborales y económicos, siempre de rabiosa actualidad por su incidencia directa en el estatuto jurídico de los electos locales y reiterada controversia en el seno de nuestras corporaciones, son estudiadas con concisión y claridad encomiables.

Idéntico detalle dedica el autor a analizar la organización municipal, despertando con ello el interés del lector que transita sin dificultad por la exposición de las peculiaridades organizativas municipales. El papel protagonista del Reglamento orgánico como instrumento esencial de la potestad de autoorganización del municipio, los órganos y sus competencias en los municipios de régimen común, el régimen especial de los municipios de gran población... son diseccionados con detalle, complementando reflexiones consolidadas entre los operadores jurídicos locales con la aportación de información normativa rigurosamente sistematizada y debidamente actualizada. En este sentido destaca la documentada referencia a las especialidades organizativas del régimen especial del Concejo Abierto y a su rocambolesca actualización realizada por la Ley aragonesa 9/2009, de 22 de diciembre y por la modificación del artículo 29 de la Ley de Bases de Régimen Local efectuada a través de la L.O. 2/2001, de reforma de la LOREG.

En suma, un manual de obligada lectura para todos aquellos que quieran iniciarse y conocer con claridad el régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los municipios, y por ende de las entidades locales, y de imprescindible consulta para aquellos profesionales que busquen la sensatez de un veterano conocedor de nuestra realidad municipal y la claridad conceptual de un excelente profesional del derecho local.

Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS

Código del Derecho Foral de Aragón: edición preparada por José Antonio SERRANO GARCÍA, Gobierno de Aragón, Secretaría General Técnica de la Vicepresidencia, abril 2011, 516 pp.

El Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, ha aprobado, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, dando cumplimiento a la autorización de las Cortes de Aragón contenida en la disposición final primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, ley que completó el proceso de reformulación legislativa del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación de 1967.

Se culmina así la tarea de actualizar la legislación civil aragonesa, llevada a cabo a lo largo de más de diez años mediante leyes referidas a materias concretas (en especial: sucesiones, régimen económico matrimonial y viudedad, derecho de la persona, derecho civil patrimonial). Tarea en la que han sido muy importantes los profundos estudios de cada materia realizados por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, presidida por el Catedrático D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, que culminaron en la elaboración de los borradores de los distintos anteproyectos de ley que sirvieron de punto de partida a las correspondientes tramitaciones parlamentarias. Por otra parte, el Gobierno y las Cortes de Aragón han ejercido la competencia exclusiva reconocida a la Comunidad Autónoma desde el Estatuto de 1982, para conservar, modificar y desarrollar el Derecho Foral aragonés, seña de identidad y hecho diferencial de Aragón.

El volumen publicado contiene el Código del Derecho Foral de Aragón, y como anexos, para facilitar su completa aplicación y la mejor comprensión de sus antecedentes y de las cuestiones de derecho transitorio, se añaden: la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, la Ley 9/2011, de 214 de marzo, de mediación familiar de Aragón, el Texto derogado de la Compilación del Derecho civil de Aragón y una referencia a todas las leyes que han ido modificando, desde la Constitución de 1978, ese Derecho civil. La publicación incluye además diversas notas y un detallado índice analítico. La edición ha sido preparada por D. José Antonio SERRANO GARCÍA, profesor titular de Derecho civil y Secretario de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Ramón SALANOVA ALCALDE

VV.AA.: *Anuario Aragonés del Gobierno local, 2009 y 2010*, Fundación Ramón Sainz de Varanda e Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 426 y 467 pp. respectivamente.

Bajo la dirección del Catedrático de Derecho Administrativo D. Antonio EMBID IRUJO, ha nacido una nueva publicación de periodicidad anual, que pretende varios objetivos: en primer lugar, plantear reflexiones y recoger estudios sobre las entidades locales aragonesas, cuyo número y variedad justifica que existan comentarios específicos sobre sus características, coordinación y relaciones entre ellas y otras Administraciones públicas; y, junto con ello, dar cauce a estudios referidos a diversos aspectos del Gobierno local de otros lugares, tanto de España como del extranjero, que puedan servir para conocer la evolución de sus problemas y de las propuestas y soluciones que se planteen en temas organizativos, competenciales y funcionales, desde perspectivas jurídicas o económicas

El Anuario surge como una iniciativa conjunta de dos Instituciones: la Fundación Ramón Sainz de Varanda, promovida por la Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, dedicada al estudio del régimen local, y la Institución Fernando el Católico, organismo autónomo de la Diputación Provincial de Zaragoza.

Han aparecido ya los volúmenes correspondientes a los años 2009 y 2010, con una sistemática similar. En una primera parte, tras un Informe general sobre el Gobierno local a cargo del profesor EMBID IRUJO, se incluyen diversos informes sectoriales que recogen un resumen de los trabajos elaborados durante el año respectivo para el Seminario de Derecho local, que organiza la Fundación Sainz de Varanda a lo largo de cada año. Los informes sectoriales se refieren a las siguientes materias: «Organización y empleo local» (Beatriz SETUAIN), «Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (Cristina MORENO y M^o Josefa AGUADO), «Contratación local» (Jesús COLÁS), «Servicios públicos» (Pedro Luis MARTÍNEZ), «Bienes locales» (Eloy COLOM), «Tributos y presupuestos» (Joaquín ÁLVAREZ e Ismael JIMÉNEZ), «Medio ambiente» (Antonio Eduardo EMBID), «Derecho de la Unión Europea» (Sergio SALINAS) y «El Justicia de Aragón» (Jesús OLITE).

En el apartado de Estudios, el Anuario de 2009 incluye los siguientes: «El Concejo abierto en Aragón» (Ramón SALANOVA), «El derecho de las entidades locales a participar en los organismos de cooperación transfronteriza» (Enrique J. MARTÍNEZ), «Las tasas por la prestación de servicios y realización de actividades administrativas en la Hacienda local» (Fernando SERRANO) y «Competencias locales conexas a la gestión ambiental en Argentina» (Mauricio

BIBLIOGRAFÍA

PINTO). En el Anuario de 2010 figuran como Estudios: «El régimen jurídico del endeudamiento de las Entidades locales y las restricciones para su ejercicio en 2011» (Miguel Ángel MARTÍNEZ), «Municipios rurales y estructura territorial» (José Luis CASTELLANO), «El papel de la provincia en el sistema constitucional italiano» (Manuel BORDINI) y «La evaluación del impacto ambiental en el orden municipal en la provincia de Mendoza, Argentina» (Mónica MARCELA).

Los Anuarios contienen también en sus Secciones «Notas», «Documentación» y «Recensiones», comentarios sobre temas de actualidad, dictámenes del Consejo Consultivo y resoluciones judiciales de interés así como noticia de publicaciones sobre régimen local.

Se trata, en suma, de una publicación importante, que viene a sumarse al estudio de las cuestiones que afectan al Gobierno y la Administración local, y a ofrecer una atención específica y especializada a los principales temas que interesan a las entidades locales aragonesas.

Ramón SALANOVA ALCALDE

VV.AA.: *Libro Verde: los gobiernos locales intermedios en España*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011, 204 pp.

En la rabiosa actualidad que nos toca vivir conviven tres cuestiones de fuerte contenido e interrelacionadas entre sí:

1. La crisis actual, que no sólo es económica sino de modelo.
2. La siempre pendiente racionalización de la administración.
3. El cuestionamiento de las diputaciones provinciales.

Este Libro Verde, confeccionado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, a la que pertenece la Diputación Provincial de Zaragoza (DPZ) se presenta como una investigación técnica y especializada, abierta y sin complejos, con ideas y reflexiones, que permitan cerrar un debate a veces interesado, ya que las indefiniciones, carencias y vacíos en la ordenación de los gobiernos locales es un déficit de nuestra democracia.

Este Libro Verde ofrece, sobre todo, una visión prospectiva sobre el papel que han de tener las diputaciones provinciales en el Estado Autonómico. Hay que reconocer que gracias a las diputaciones provinciales se han podido salvar muchas de estas carencias. La inteligencia política debe servir para comprender la complejidad de la realidad y emprender su transformación.

Pero no sólo los técnicos deben hablar; también y fundamentalmente los políticos. En este libro hay muchos aspectos abiertos que dependen de la previa voluntad política. Sirva de ejemplo la U.E., donde la práctica totalidad de países disponen de niveles de gobierno local intermedios. Incluso con elección directa de los diputados y con competencias materiales y funcionales.

La provincia tuvo un papel estelar en el proceso de creación del Estado autonómico. Los estatutos de autonomía han tratado de manera diferente a las provincias, de vaciamiento en unos casos a fortalecimiento en otros. En Aragón, por ejemplo, el Estatuto de 1982 establecía una relación fecunda en la Comunidad Autónoma y las diputaciones provinciales. Sin embargo, la Reforma de 1996 prácticamente olvida a las diputaciones para dar entrada a las comarcas. Éste es un gran problema de arquitectura institucional a resolver por los políticos aragoneses.

La funcionalidad de las comarcas, hasta el momento al menos, no ha resultado una solución idónea en la racionalidad y eficacia de los distintos niveles administrativos. En cualquier caso, habrá que optar por una convivencia entre diputaciones y comarcas con competencias y funciones claramente distintas y complementarias. Y siempre al servicio de los ayuntamientos. El minifundismo

BIBLIOGRAFÍA

local, español en general y aragonés en particular, requiere necesariamente un nivel de gobierno local intermedio que garantice la autonomía municipal para que sea realmente efectiva.

En cualquier caso, y como un auténtico reto de futuro, las diputaciones provinciales deben apostar por un refuerzo de la legitimación institucional a partir del incremento de su propia eficacia y eficiencia. Lo que les obliga a un cambio de paradigma organizativo basado en la cultura de gestión que racionalice sus estructuras administrativas y mejore sus procesos de gestión.

En suma, las diputaciones provinciales deben articularse como eje vertebrador de la intermunicipalidad dentro de un sistema coherente, racional y eficiente del sistema político local. Y por ello, debe tener un protagonismo efectivo en el proceso de elaboración de la futura legislación básica de gobiernos locales, tanto a nivel estatal como autonómico.

Mariano BERGES ANDRÉS

