



Revista Aragonesa  
de  
Administración Pública

32  
Junio 2008

 **GOBIERNO  
DE ARAGON**

Departamento de Presidencia

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

32

**Junio**

**Año 2008**

## REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en disquete de ordenador.

2. Los epígrafes que subdividan la exposición debieran responder a la siguiente secuencia:

**I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales.** Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.

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.

3. Las citas bibliográficas debieran responder a los siguientes modelos:

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del libro*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del capítulo o de la colaboración*, en el vol. col. dirigido por Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del volumen colectivo*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del artículo*, en «Nombre de la Revista» (o en abreviaturas, tipo RAP; si se trata de la RArAP se indicará «en esta REVISTA»), núm. H (año), p. X (o p. X ss.).

En sucesivas citas, bastará con indicar APELLIDO APELLIDO, *Título, incluso abreviado*, cit., p. X (o X ss.).

También cabe organizar las citas exclusivamente por el sistema de lista alfabética final, incluyendo en el texto referencias del tipo: APELLIDO APELLIDO (año), p. X (o p. X ss.).

4. Los originales se someterán a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por 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 de Redacción (11 de cuyos miembros son externos al Gobierno de Aragón, que publica la Revista, y que cuenta con otros 7 miembros). 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.

5. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, su correspondiente NIF, su dirección completa y un número de teléfono de contacto o, en su caso, dirección de correo electrónico.

6. 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](http://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, 36, 50004 Zaragoza

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

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Diputación General 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. 32 (2008)

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i> .....	7
ESTUDIOS	
J.L. MEILÁN: <i>Cuestiones fundamentales de la Ley 8/2007, de Suelo</i> .....	11
A. EZQUERRA: <i>El modelo español de ordenación farmacéutica en el contexto comunitario europeo de libertad de establecimiento</i> .....	37
J. GUILLEM: <i>Anotaciones sobre la reforma del marco competencial del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana</i> .....	101
M. DÍAZ e I. MURILLO: <i>La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración</i> .....	133
DEBATES	
J. RODRÍGUEZ-ARANA: <i>El marco constitucional del urbanismo en España</i> .....	171
P. CORTÉS: <i>Algunas iniciativas parlamentarias en materia de igualdad de género en las Cortes de Aragón</i> .....	183
M.I. RIVAS: <i>Tres años desde la entrada en vigor de la Ley del Sector Ferroviario</i> .....	215
M.M. DE LA PEÑA: <i>Los principios que limitan la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas</i> .....	243
J.M. RECIO: <i>Potestad organizatoria de las Administraciones públicas, ordenación de puestos del trabajo y control judicial</i> .....	263
C. FANTACCHIOTTI: <i>Los pueblos de colonización en las Cinco Villas. Una propuesta a las expectativas para su desarrollo</i> .....	321
ESTUDIOS TURÍSTICOS	
J. RODRÍGUEZ-ARANA: <i>Sobre la distribución de competencias en materia de turismo</i> .....	369
R. ARCARONS, V. GOITIA y N. GONZÁLEZ: <i>La clasificación hotelera en la Unión Europea: un mercado poco común</i> .....	407

SUMARIO

R. ARCARONS y O. CASANOVAS: <i>De la jurisprudencia amenazante a la legislación atenazante. Análisis del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y su incidencia en la organización, programación y venta de viajes combinados</i> .....	435
S. CASTEL: <i>Las nuevas tecnologías en la actividad de la Administración turística</i> .....	465
J. FACAL y M. PEZZUTTI: <i>Apuntes para una reforma de la Ley de Turismo de Uruguay</i> .....	521
JURISPRUDENCIA	
R. LLADOSA: <i>Sociedades mercantiles públicas y jurisdicción: la necesidad de una nueva jurisprudencia</i> .....	539
E. CONTÍN: <i>Extensión de los efectos de la sentencia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa</i> .....	591
DERECHO COMPARADO	
S.E. VENTURA: <i>Breve aproximación a la jurisdicción contencioso-administrativa en El Salvador. Aspectos esenciales y elementos contrastantes con el modelo español</i> .....	627
CRÓNICAS	
<i>Crónica del Curso de Verano «La nueva fiscalidad sobre la renta» (S. DE MIGUEL)</i> .....	653
<i>Crónica de las XIII Jornadas de Derecho de Aguas: Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua (C. ARMENDÁRIZ)</i> .....	661
<i>Crónica de las XXVII Jornadas Fiscales Aragonesas (O. CARRERAS y S. DE MIGUEL)</i> .....	671
BIBLIOGRAFÍA	
BARRA: <i>Tratado de Derecho administrativo</i> , Buenos Aires, 2002 (J. RODRÍGUEZ-ARANA).....	679
LÓPEZ INSAUSTI y BARINGO EZQUERRA: <i>Tuning Urbano. Los Cerramientos Acristolados: entre el urbanismo ciudadano y la picaresca urbanística</i> , Zaragoza, 2008 (N.A. GUILLÉN).....	685
CONTRERAS CASADO y SÁENZ LORENZO (eds.): <i>Memorial democrático. Las primeras elecciones democráticas (15 de junio de 1977), treinta años después (P.L. MARTÍNEZ)</i> .....	689

## LISTA DE COLABORADORES

ARCARONS I SIMÓN, Ramón:  
*Profesor Titular de Derecho del Turismo, Universidad de Barcelona.*

ARMENDÁRIZ ANTEQUERA, Cristina:  
*Abogada, Zaragoza.*

CARRERAS MANERO, Olga:  
*Becaria de Investigación, Área de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.*

CASANOVAS IBÁÑEZ, Óscar:  
*Profesor de Derecho del Turismo, Universidad de Barcelona.*

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

CONTÍN TRILLO-FIGUEROA, Eloísa:  
*Letrada de la Diputación Provincial de Huesca.*

CORTÉS BURETA, Pilar:  
*Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza.*

DÍAZ MUIÑA, Manuel:  
*Administrador Superior, Comunidad Autónoma de Aragón.*

EZQUERRA HUERVA, Antonio:  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.*

FACAL, Julio:  
*Docente de Derecho Comercial, Universidad de la República, Uruguay.*

FANTACCHIOTTI GUTIÉRREZ, Carmen:  
*Arquitecta, Zaragoza.*

GOITIA SERRA, Víctor:  
*Diplomado en Turismo, Barcelona.*

GONZÁLEZ AZNAR, Nuria:  
*Diplomada en Turismo, Barcelona.*

GUILLEM CARRAU, Javier:  
*Letrado Mayor de las Cortes Valencianas.*

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás:  
*Becario de Investigación, Área de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.*

LLADOSA REDONDO, Ricardo:  
*Abogado, Zaragoza.*

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

MEILÁN GIL, José Luis:  
*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de A Coruña.*

LISTA DE COLABORADORES

MIGUEL ARIAS, Sabina de:  
*Becaria de Investigación, Área de  
Derecho Financiero y Tributario,  
Universidad de Zaragoza.*

MURILLO GARCÍA-ATANCE, Ignacio:  
*Administrador Superior, Comunidad  
Autónoma de Aragón.*

PEÑA AMORÓS, María del Mar:  
*Profesora Ayudante de Derecho  
Financiero y Tributario,  
Universidad de Murcia.*

PEZZUTTI, Miguel:  
*Docente de Derecho Administrativo,  
Universidad de la República,  
Uruguay.*

RECIO SÁEZ DE GUINOVA, José María:  
*Administrador Superior,  
Comunidad Autónoma de Aragón.*

RIVAS CASTILLO, María Isabel:  
*Doctora en Derecho,  
Universidad de Cádiz.*

RODRÍGUEZ-MUÑOZ ARANA, Jaime:  
*Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
A Coruña.*

VENTURA CORTEZ, Sara Elizabeth:  
*Abogada, El Salvador.*



# **ESTUDIOS**

# **CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA LEY 8/2007, DE SUELO**

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

*SUMARIO: I. La Ley 8/2007 en la evolución de la legislación urbanística.— II. Estatuto de ciudadanía y transparencia.— III. Situaciones básicas del suelo.— IV. La valoración del suelo.— V. Derecho de propiedad y función pública.— 6. Vivienda accesible: reserva de suelo y patrimonios públicos de suelo.— 7. La aplicación de la Ley.*

*RESUMEN:* El presente artículo analiza las principales novedades de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que a la postre ha resultado ser la quinta Ley que se aprueba en la materia desde 1956.

*Palabras clave:* urbanismo; suelo; transparencia; situaciones básicas de suelo; valoración del suelo; derecho de propiedad; vivienda protegida; patrimonios públicos de suelo.

*ABSTRACT:* This paper analyzes the main novelties of the new Land Law 8/2007, May 28th 2007, that has become the fifth Spanish Law in this matter since 1956.

*Key words:* urbanism; land; transparency; basic land states; land valuation; property rights; social housing; land related to urban development owned by local and regional authorities.

## **I. LA LEY 8/2007 EN LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA**

La ley 8/2007 de 28 de mayo es la quinta ley, sin tener en cuenta textos refundidos y reformas puntuales, que se aprueba en materia de urbanismo desde la primera de 12 de mayo de 1956 en la que se aborda el urbanismo español, por primera vez, como «un conjunto orgánico», según expresión contenida en el principio de su exposición de motivos, y con una visión de conjunto de todo el territorio del Estado.

Se pretendía con esta ley superar aproximaciones anteriores en el siglo XIX y en el mismo siglo XX, limitadas en cuanto a sus objetivos y circunscri-

tas al ámbito local, fundamentalmente municipios: leyes de ensanche de las poblaciones (1864 y 1876), de saneamiento y mejora interior de las grandes poblaciones (1895), precedida por una regulación específica en la ley de expropiación forzosa de 1879 de la reforma interior de las grandes poblaciones; de solares (1945) y preceptos de la legislación sobre régimen local (1924 y 1955) (1).

Al período preconstitucional, correspondiente a un Estado marcadamente centralista, corresponde también la ley de 2 de mayo de 1975 que reformó la anterior y el texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril.

Sin entrar en su análisis, el ámbito de esta legislación preconstitucional se mantiene incluso en la primera ley promulgada después de la entrada en vigor de la Constitución, la ley 8/1990 de 25 de julio, que se corresponde al Estado compuesto —autonómico— como evidencia la aprobación del texto refundido de todas las disposiciones hasta entonces vigentes, que se aprobó por Real Decreto legislativo 1/1992 de 26 de junio, y la comparación de los artículos 2 de los textos legislativos de 1956-1976 y 1990-1992.

En el primer caso, se dice que la actividad urbanística se refiere al planeamiento urbanístico, régimen urbanístico, ejecución de las urbanizaciones, fomento e intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación. En el Texto de 1992 se habla de planeamiento urbanístico, ejecución del planeamiento, intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación, intervención en la regulación del mercado del suelo.

La discutida STC 61/1997 de 20 de marzo (2) declaró inconstitucional en su mayor parte la Ley de 1990 y texto refundido de 1992 sobre régimen del suelo y ordenación urbana por considerar que invadía competencias de las Comunidades autónomas. Dado que la inconstitucionalidad se fundaba en razón de competencia, la sentencia hizo revivir preceptos que procedían de la legislación preconstitucional asumida en el texto refundido de 1992 (3).

El urbanismo —como la ordenación del territorio— es competencia de las Comunidades autónomas ex artículo 148,1,3º de la CE. Por tal ha de

---

(1) Cfr. M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.

(2) Fue calificada como un «bombazo» o «tornado» y otras expresiones análogamente críticas por un importante sector de la doctrina científica. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI», *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, M. Pons, 1998, p. 11.

(3) También vigencia como derecho supletorio con diferente intensidad tienen los Reglamentos de Planeamiento, Gestión urbanística y Disciplina urbanística de 1978.

entenderse, según el TC «las políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuando y donde debe surgir o desarrollarse los asentamientos humanos y a cuyo servicio se dispone las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo (fco.6)». Pero el urbanismo, según la misma doctrina del Tribunal Constitucional, no se identifica con el Estatuto de la propiedad urbana, en tanto que el Estado, en virtud del artículo 149,1,1ª ha de garantizar la igualdad en las condiciones del ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social (4).

Dejando ahora el análisis de la interpretación que realiza la sentencia de esa competencia del Estado sobre la igualdad, manifestada en otras anteriores (STC 56/1986 y 149/1991), a los efectos de lo que aquí interesa, es que coexiste con la competencia de las Comunidades autónomas sobre el urbanismo.

Esa doctrina es aceptada por los legisladores posteriores. Así la ley 6/1998 de 13 de abril sobre régimen de suelo y valoraciones, refleja en su título, en el que no figura la referencia la ordenación urbana, las consecuencias de la citada sentencia (5). La nueva ley obedecía al propósito de evitar la inseguridad jurídica que se había producido por la amplia anulación del texto anteriormente vigente. Pero también, y a ello se alude expresamente en su exposición, a una nueva orientación de la política socio-económica, consecuencia de la alternancia en el gobierno.

Para consolidar su posición, el legislador se funda en otros preceptos constitucionales diferentes del citado a la igualdad, como el de bases y coordinación general de la actividad económica (art. 149,1,13ª), legislación civil (art. 149,1,8a) aunque el Tribunal constitucional reconoce que no puede fundarse en ese título toda propiedad (6), legislación sobre expropiación forzosa y responsabilidad de las Administraciones Públicas (art. 149,1,18ª) y legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149,1,23ª), los mismos que había utilizado el legislador de 1990-92.

---

(4) La función social delimita el contenido del derecho de propiedad de acuerdo con las leyes (art. 33 CE). Cfr. STC 37/1987.

(5) La Ley 6/1998 fue declarada conforme a la Constitución por STC 164/2001, salvo dos artículos 16,1 y 38, por contener una regulación excesivamente concreta, en contra el carácter de mínimo que debe tener la legislación estatal básica.

(6) La propiedad ha dejado de ser después de la Constitución «núcleo de la legislación civil según la citada sentencia. La STC 170/1989 de 19 de octubre (f.jco. 8) recuerda que los poderes públicos deben delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes». Se corresponde esta aproximación constitucional con el carácter estatutario de la propiedad del suelo que se mantiene desde la preconstitucional ley de 1956.

El contenido urbanístico, en sentido estricto, es acogido por la legislación de las diecisiete Comunidades autónomas. En algunos casos por vía de urgencia, aceptando sin más el Derecho estatal anulado por la sentencia y aprobando medidas transitorias (7). El resultado es que en esta materia el Estado compuesto se ha convertido en un Estado complejo.

La Ley 8/2007 se apoya en los mismos títulos competenciales que al Estado proporciona la Constitución, pero se separa de la anterior ley —y en realidad de toda la tradición legal anterior que critica en la exposición de motivos— al declarar con especial énfasis que

«se prescinde por primera vez de regular técnicas específicamente urbanísticas, tales como los tipos de planes o las clases de suelo, y se evita el uso de los tecnicismos propios de ellas para no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico y para facilitar a los ciudadanos la comprensión de este marco común. No es ésta una Ley urbanística, sino una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado. Una Ley, por tanto, concebida a partir del deslinde competencial establecido en estas materias por el bloque de la constitucionalidad que podrá y deberá aplicarse respetando las competencias exclusivas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en particular, sobre patrimonios públicos de suelo».

Se prescinde de «la técnica de la clasificación y categorización del suelo por el planeamiento» que se califica de técnica urbanística, «por lo que no le corresponde a este legislador juzgar su oportunidad», aunque la critica a continuación. Lo cierto es —por utilizar las mismas expresiones de la ley— que la clasificación del suelo en una ley estatal fue declarada como constitucional por la STC 61/1997 (ff.jcos 14 y 15) en relación con la ley de 1990 y texto refundido de 1992, de un gobierno socialista, y por la STC 164/2001 en relación con la Ley 6/1998 de un gobierno del opositor partido popular.

La nueva ley procura extraer consecuencias de la lectura de preceptos contenidos en el capítulo tercero del título I de la Constitución sobre principios rectores de la política social y económica que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. En concreto, el artículo 45,<sup>1º</sup>

«Todos tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

---

(7) Cfr. J.L. MEILÁN y A. FERNÁNDEZ., «La ley del suelo de Galicia y la legislación del Estado», RDU y MA, núm. 71 (1999) p. 850.

Y el artículo 47

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos»

En ese sentido se proponen tres estatutos subjetivos básicos.

1º) el de la ciudadanía en general, en relación con el suelo y la vivienda, con sus derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental;

2º) el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística, que afecta tanto al derecho de propiedad como a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 33 de la CE «dentro de la economía de mercado» que se concretará en la afirmación de que la urbanización es un servicio público y no forma parte, por tanto, del derecho de propiedad;

3º) el régimen estatutario de la propiedad del suelo, vinculado a concretos destinos, en relación con lo cual el legislador alude a la clasificación del suelo que previamente había declarado rechazar, y manifiesta, de acuerdo con lo anteriormente sustentado, que la previsión de edificabilidad «por sí misma no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo».

La ley no viene forzada por una orientación realmente diferente en cuanto a la distribución de competencias estatales y autonómicas. El cambio de orientación es más ideológico, correspondiendo a la alternancia en el gobierno. Aunque no sea fundamental, el propio título de la ley, que no es el tradicional *del* suelo, sino *de* suelo es revelador de esa voluntad de diferenciarse.

## II. ESTATUTO DE CIUDADANÍA Y TRANSPARENCIA

Desde su comienzo la ley pone un énfasis especial en la perspectiva constitucional desde la que quiere enfocar la materia, inexcusable en cualquier regulación en la misma, pero que en ésta figura de un modo ostensible.

El artículo primero, relativo al objeto de la ley, es una muestra inequívoca de esa orientación. No se trata de la ordenación urbanística (1956), de la propiedad urbanística (1990). No le es suficiente el contenido en la ley de 1998: «contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo

con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional».

Su redacción, no obstante, es equivalente a la de la ley que deroga, poniendo en primer término y generalizando su frase final: «las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio nacional». Entre esos derechos y deberes se quiere subrayar la importancia de lo medioambiental.

Se pretende con esta redacción en el inicio de la ley, como ha comentado uno de sus intérpretes cuasiauténticos, subrayar que el destinatario primario de la ordenación territorial y urbanística ya no es el propietario del suelo, sino el ciudadano «ordinario» y también el ciudadano «cualificado» en cuanto propietario del suelo y eventualmente empresario (8). Como habrá ocasión de analizar más adelante, no se trata de una cuestión de estética del lenguaje, arropado en la solemnidad de la Constitución, sino de reducir la posición del propietario, no ya en relación con la Administración Pública, en cuanto servidora eficaz del interés general, sino también de otros particulares que la ley cualifica expresamente.

Los derechos y deberes de los ciudadanos ordinarios y cualificados que se contienen en los artículos 4, 5 y 6 de la ley son un eco y concreción de lo establecido en la Constitución, o referidos en otras leyes.

Así sucede con el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) a lo que se añade que sea accesible, cuya ambigüedad permite interpretarla tanto en sentido físico como económico (9), aunque al decirse que sea «concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas» parece referirse más bien al primero. Esa concreción viene determinada por otra ley (10) y en todo caso podría entenderse como una obligación inherente a la legislación de vivienda o construcción.

Se pone un especial acento en considerar la vivienda no «como un bien de inversión, sino como bien de uso, en particular para residencia habitual», no como cosa, sino como habitat (11). En ese sentido, el artículo 4 se refiere a que la vivienda constituye el domicilio del ciudadano que esté «libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un ambiente y pai-

---

(8) Cfr. L. PAREJO, *Comentarios a la ley del suelo*, Iustel, Madrid, 2007, p. 77.

(9) Cfr. PAREJO, *op.cit.*, p. 101.

(10) Ley 51/2003 de 2 de diciembre, promovida por el gobierno anterior.

(11) Cfr. Testimonio del Director General de Urbanismo y Política del suelo, M. VAQUER, *op. cit.*, p. 22.

saje adecuados». Propositiones, sin duda plausibles, que hermocean el texto con discutible necesidad de ser reiteradas (12).

Los preceptos contenidos en los artículos 2 (principios de desarrollo territorial y urbano sostenible) y en los que figuran los derechos (art. 4) y deberes (art. 5) de los ciudadanos pertenecerían a lo que podría denominarse con la terminología del Derecho comunitario como *soft law*, son «recordatorio de situaciones subjetivas dispersas en el ordenamiento jurídico» (13), remisiones a lo establecido en la legislación aplicable.

Así sucede con las recomendaciones de propiciar el uso racional de los recursos naturales, con armonización de «los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación» (art. 2).

Lo mismo acontece con el deber de «respetar y contribuir a preservar al medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano o cumplir con lo establecido en la legislación sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas», cuya primera regulación proviene, nada menos, que de 1961.

Se pone un especial énfasis en el derecho a la información proponiendo «un sistema integrado» con el fin de «promover la transparencia (disposición adicional primera) poner a disposición de los ciudadanos copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, debidamente actualizados (disposición adicional novena)». Se remite a la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, el ya existente derecho de consulta, con obligación de contestar en un plazo no superior, en principio, a tres meses, con posibilidad de incurrir en responsabilidad en casos de incumplimiento (artículo 6,b) que se reconoce también en casos de aprobación de instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticas iniciados por los particulares (artículo 11,4).

Se atribuye al pleno municipal de los Ayuntamientos la aprobación inicial y la que ponga fin a la tramitación de los planes y demás instrumentos de ordenación —la definitiva suele corresponder a la Comunidad autónoma—

---

(12) Antes de esta ley la STC 119/2001 admitió el exceso de ruido como vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio reconocidos en el artículo 18,1 y 2 CE con referencia a los artículos 10 y 45 CE (medio ambiente) y sentencias del TEDH. En el mismo sentido SSTs de 12 y 26 de noviembre de 2007 y otras allí citadas.

(13) F. LÓPEZ RAMÓN, *Introducción al Derecho urbanístico*, 2ª ed., M. Pons, Madrid, 2007, p. 83.



así como de los convenios y se refuerza la incompatibilidad de los representantes locales.

Se reconoce el derecho a la participación en los procedimientos relativos a instrumentos de ordenación y ejecución urbanísticos, y de su evaluación ambiental. Poco se añade, como el informe de sostenibilidad económica en la documentación urbanística, y en algún caso se reproduce lo existente en la ley derogada, como lo relativo al derecho de iniciativa de los particulares para ejecutar la urbanización. La propia ley reconoce que en materia de expropiaciones y responsabilidad se recogen «sustancialmente» las mismas reglas que contenía la Ley de 1998.

Si fuera sólo por todo eso quizá no estaría justificada una nueva ley, bastando la reforma de la existente. Ha dado pie, para que en la doctrina científica se hable de un «catálogo de buenas intenciones» (14) o con mayor crudeza crítica de «retórica, que como hojarasca, hay que apartar de inmediato» (15).

Otras son las cuestiones de mayor calado que suponen un cambio importante de la ley respecto de la tradición legislativa anterior. Tienen que ver con puntos tan fundamentales como las denominadas «situaciones básicas del suelo» y su valor y con el contenido del derecho de propiedad y la función pública en la urbanización.

### III. SITUACIONES BÁSICAS DEL SUELO

Una innovación fundamental de la nueva ley es el rechazo de la clasificación del suelo que ha venido existiendo en las sucesivas leyes del suelo, incluidas las aprobadas después de la Constitución de 1978. La exposición de motivos de la ley justifica tal omisión aduciendo que «la técnica de la clasificación y categorización del suelo por el planeamiento —como se venía haciendo en las leyes— es una técnica urbanística, por lo que no le corresponde a este legislador juzgar su oportunidad».

La explicación parece residir en el respeto a la competencia de las Comunidades autónomas sobre el urbanismo, pero no es correcta, porque el Tribunal Constitucional no anuló los preceptos de la Ley de 1990 sobre clasificación, ni tampoco los de la Ley de 1998. En realidad no se trata de una omisión, sino de un auténtico rechazo porque a la clasificación se atribuye

---

(14) F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*, p. 33.

(15) T. R. FERNÁNDEZ, «La nueva Ley 8/2007 de 28 de mayo, de suelo: valoración general», *RAP*, núm. 174 (2007) p. 66.

haber contribuido a «la inflación de los valores del suelo» cuestión unida reiteradamente a la especulación. Otra es la razón y tiene que ver, precisamente, con la nueva valoración que introduce la ley.

El cambio es profundo al prescindirse de un elemento que se ha reconocido clave, como decía la exposición de motivos de la Ley de 1975, «para la determinación del régimen jurídico aplicable a los terrenos y para la regulación del proceso de desarrollo urbano».

Para la STC 61/1997 la clasificación del suelo «es presupuesto de la misma propiedad del suelo». Sin ella «no sería posible regular condición básica alguna del ejercicio del derecho de propiedad urbana», competencia reservada al Estado «puesto que constituye la premisa, a partir de la cual se fijan tales condiciones básicas». Más aún, en ello tendría razón de ser la equivalencia de las clases de suelo reguladas por la legislación urbanística, de competencia autonómica a que se refiere el artículo 7 de la Ley de 1998.

Las clases de suelo —urbano, urbanizable y no urbanizable— se han mantenido hasta la presente ley desde 1976, con algunas matizaciones. En la Ley de 1990 dentro del urbanizable se distinguía el programado y no programado, si el planeamiento parcial, de desarrollo del general, debía o no ser aprobado en un plazo previsto. Esta subdivisión fue eliminada en la ley de 1998 pasando el suelo no urbanizable a tener un carácter residual, de acuerdo con la orientación liberalizadora.

En leyes autonómicas como la Ley de Galicia 9/2002 de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural, dentro del suelo urbano se distingue el consolidado —solares o parcelas que mediante obras accesorias y de escasa entidad pueden constituirse en solares aptos para la edificación— y no consolidado. El suelo no urbanizable se denomina rústico y se reconoce una clase de suelo nuevo, de núcleo rural, de acuerdo con el peculiar asentamiento de la población.

De los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se desprende inequívocamente que no era obligado el abandono de la clasificación del suelo por el legislador de 2007, que se mantiene en las leyes autonómicas. Se ha hecho para justificar el cambio de orientación en cuanto al meollo de la cuestión, que no es otro que la valoración del suelo.

El propio preámbulo revela el propósito del legislador. Lo que importa es «fijar los criterios de valoración del suelo». Y se sostiene que

«la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo, incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los poderes públicos y, por ende, ha fomentado las prácticas especulativas».

La nueva ley, en lugar de clases o categorías de suelo (16), habla de «situaciones básicas del suelo», que reduce a dos. «Todo el suelo —dirá— se encuentra, a los efectos de esta ley, en una de las situaciones básicas de suelo rural o de suelo urbanizado» (artículo 12.1). Ha desaparecido toda referencia al suelo urbanizable, pieza clave de la Ley del 98.

En la exposición de motivos se desvincula el suelo de lo que podría denominarse dinamismo del planeamiento, lo que tendría consecuencias en la valoración del suelo, al eliminar las expectativas que aquel pudiera generar. De este modo lo justifica la Exposición de motivos de la Ley:

«En lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso. En cuanto a lo primero, define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual —rural o urbana—, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso asimismo actual del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste. En cuanto a lo segundo, sienta el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de dicha participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia en que se inserte, aspecto éste que hasta ahora no era tenido en cuenta».

Se ha procurado con ello «la separación del estatuto de la propiedad y la promoción» (17), como habrá ocasión de analizar más adelante.

Para el cabal entendimiento parece preferible iniciar la exposición por el *suelo urbanizado*, que no se corresponde a la clase de urbano recogida hasta ahora y aceptada en la legislación autonómica, como la Ley 8/2002 de 30 de Galicia, con las categorías de consolidado o con vocación de solar y no consolidado, necesitado de procesos de urbanización.

Utilizando como elemento de muestra la citada ley, se clasifican como suelo urbano los terrenos integrados en la malla urbana que cuente con acceso rodado público, servicios de abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y subadministración de energía eléctrica, o aún careciendo de esos

---

(16) Aunque a veces se le escapa referirse a la clasificación como un elemento conforme al cual ejercen las facultades que integran el derecho de propiedad del suelo (artículo 8,1).

(17) Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, «La incidencia de la tipología suelo urbanizado-suelo rústico de la Ley 8/2007 sobre la clasificación de suelo establecida por las leyes autonómicas. Incidencia sobre el régimen jurídico del suelo urbano, urbanizable», RDU y MA, num. 237 (2007), pp. 73 y ss.

servicios estén comprendidos en áreas ocupadas por la edificación al menos en dos terceras partes (art. 11).

El suelo urbano consolidado está integrado por solares —superficies legalmente divididas y aptas para edificar que cuentan además con acceso por vía pública pavimentada y alumbrado público— o por parcelas que puedan adquirir esa condición mediante obras accesorias y de escasa entidad que pueden ejecutarse simultáneamente con las de edificación o construcción (art. 12).

La situación básica de suelo urbanizado es más restrictiva: es el integrado en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población —a determinar por la legislación autonómica— no sólo de una manera efectiva, sino también legal. «Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de la conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento» (art. 8,3). La ley contiene una referencia a la peculiaridad de «los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural», como es el caso de Galicia, que dan lugar a una clase de suelo.

La falta de equiparación es clara y tendrá repercusión en el régimen de la propiedad.

Los terrenos que no reúnan esas condiciones se encontrarán en la situación de *suelo rural*, en el que se distinguen dos supuestos. El primero podría calificarse como no susceptible de urbanización y sería equivalente a la clase de suelo no urbanizable de la ley 1998 o rústico de la ley gallega de 2002.

En definitiva terrenos que, por diferentes motivos, deban ser preservados de los procesos de desarrollo urbanístico. Es ahora objeto del apartado a del artículo 12:

«el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística».

El otro supuesto de la situación de suelo rural se contiene en el apartado b del mismo artículo

«El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización».

Se correspondería con la clase de suelo urbanizable. Los términos «prevean o permitan» son significativos para esa correspondencia.

El dualismo es claro, y por si no fuera suficiente con lo transcrito, el apartado c concluye con «y cualquier otro que no reúna los requisitos» del suelo urbanizado. Todo lo que no es urbanizado, podría concluirse, es rural. Por consiguiente, en una interpretación estricta, conforme a la literalidad y contundencia de la regulación de la Ley 8/2007, en la situación de suelo rural se encontrarían las clases de suelo urbanizable y urbano no consolidado, ya que no pueden estar en la condición de urbanizado «hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización».

Se ha defendido (18) la innovación de la Ley 8/2007, desde un punto de vista lógico, porque obedece a un único criterio —objetivo o fáctico— a diferencia de la clasificación de suelos que utiliza criterios heterogéneos: el fáctico para suelo urbano y no urbanizable rústico y el del destino, para el suelo urbanizable. Mas allá de ese purismo lógico lo que se revela es un diferente criterio de valoración y, por tanto, de derechos posibles de los propietarios del suelo.

#### IV. LA VALORACIÓN DEL SUELO

La valoración del suelo en la Ley de 2007 pasa por su desvinculación de la clasificación del mismo (19) como reconoce explícitamente su exposición de motivos y justifica, más allá de planteamientos teórico-dogmáticos, la opción adoptada de definir las dos situaciones básicas antes expuestas. Estas reflejarían una «situación real del suelo y no su destino».

De varias maneras se insiste en la idea y sus consecuencias. «Debe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto», calificado de un modo absoluto. De lo que se trata es de excluir de la valoración lo que considera «meras expectativas generadas por la acción de los poderes públicos».

---

(18) Cfr. A. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 71.

(19) Crítica en T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *RAP*, núm 174 (2007), p. 69 para quien, en contra de lo sostenido en la ley, «desvincular clasificación y valoración del suelo es algo materialmente imposible».

Del alcance de esa actitud de la ley da cuenta el artículo 22,2. Al referirse a la valoración en el suelo rural dice con claridad que no podrán —en ninguno de los casos— considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aun *plenamente* realizados.

La expresión es rotunda y no admite gradación alguna en cuanto a la proximidad o lejanía temporal respecto de la culminación de la urbanización exigida para la consideración de suelo urbanizado.

De acuerdo con estas expresiones y la definición de lo que es situación de suelo urbanizado, resulta que el suelo urbano no consolidado, así clasificado en las legislaciones autonómicas, pasaría a ser valorado como suelo rural. El problema es serio, como se reconoce por autor favorable a las nuevas situaciones básicas del suelo y no se resuelve, como se sugiere, con una posible aclaración en un futuro texto refundido (20).

Se prescinde no ya de la aptitud de un suelo para llegar a la situación de urbanizado, sino también, en principio, de la mayor o menor cercanía respecto de esa situación de destino en un proceso de urbanización en ejecución. La posición adoptada por la ley es paradigmática en cuanto al suelo consolidado, pero es también extensible al urbanizable delimitado. Conceptualmente será defendible, pero resultará difícil erradicar o cambiar arraigadas convicciones de propietarios de suelo y admitir que ninguna expectativa sea considerada a efectos de su valoración. El mercado del suelo obviamente no es perfecto, pero prescindir de él resulta utópico (21), incluso para el propio legislador.

Está por ver la dificultad que supondrá la ley para las Comunidades autónomas. El cambio radical se manifiesta en la disposición transitoria de la ley que deja en evidencia la diferente valoración de la ley respecto de la anterior. Aquella es de aplicación en los expedientes que se inicien a partir de la entrada en vigor de la ley, que no tiene efectos retroactivos. Para los terrenos que formen parte del suelo urbanizable incluidos en ámbitos delimitados se aplicarán las reglas de valoración de la Ley 6/1998 que prioritariamente depende del «aprovechamiento que le corresponda del valor básico de reper-

---

(20) Cfr. A MENÉNDEZ REXACH, *op. cit., loc. cit.*, p. 79.

(21) Cfr. T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit., loc. cit.*, p. 69: «La ley puede decir lo que quiera, pero, diga lo que diga, todo plan de ordenación urbana tendrá que precisar por dónde se va a extender la ciudad, por dónde van a prolongarse los sistemas generales que conforman su esqueleto. Y desde el momento en que lo diga el mercado se moverá inevitablemente en esa dirección, valorando más los terrenos situados en ella. No hay modo de evitarlo». También en sentido crítico, J. GONZÁLEZ PÉREZ (dir), *Comentarios a la ley del suelo*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid 2007, pp. 996-97.

cusión en polígono, que será el deducido de las ponencias de valores catastrales (art. 27)», siempre que no hayan vencido los plazos para la ejecución del planeamiento o si lo hubieren que sea por causa de la Administración o terceros. Una valoración más favorable a los propietarios que el que corresponderá a terrenos físicamente equiparables que, según la ley, pasarán a la situación de suelo rural. La ley de 1998 equiparaba sólo a suelo rústico el urbanizable no incluido en ámbitos delimitados por el planeamiento. Nada se dice del actual suelo urbano consolidado.

La valoración de los terrenos en el suelo rural consiste en «la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación», según su estado en el momento al que corresponde realizar la valoración. Esta regla se corresponde a lo que la ley de 1998 establecía como subsidiaria de la principal, que se fundaba en el «método de comparación a partir de valores de fincas análogas», utilizado tradicionalmente en las expropiaciones forzosas para la fijación del justiprecio. La ley de 2007 lo abandona «porque —son sus palabras— muy pocas veces concurren los requisitos necesarios para asegurar su objetividad —aunque la ley de 1998 proporcionaba criterios para justificar la identidad de razón— y la eliminación de los elementos especulativos».

El abandono del método de comparación en el suelo rural fue objeto de crítica en el trámite parlamentario (22) y lo ha sido por la doctrina científica. En ese sentido se ha dicho que si en «muy pocas veces» no concurren los requisitos necesarios, ello significa que en algunos casos sí procede y su eliminación, por tanto, es arbitraria (23) cuando, al menos, podría ser un método subsidiario, invirtiendo la prioridad establecida en la ley de 1998.

Se ha subrayado también la inadecuación del método, desde los propios principios de la ley, por entender que se está identificando suelo rural con el susceptible únicamente de aprovechamiento agrícola, cuando la realidad ofrece otros (turismo rural, parques eólicos) (24). Es una hipótesis contemplada en la propia ley al reconocer el uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales y además, con carácter excepcional, usos específicos «de interés público o social

---

(22) Intervención del Diputado del grupo parlamentario del PP Matos Mascareño que se sumó a una enmienda del diputado Jané, de CIU que consideró un disparate que se pague «un terreno donde van a construir viviendas o naves industriales a precio de una cosecha de plátano o de papas», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, num. 2327, 2007, p. 11925.

(23) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit. loc. cit.*, p. 71.

(24) También crítico es R. GÓMEZ-FERRER, en ponencia presentada en III Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho administrativo, Granada, febrero 2008, con apoyo en la disposición adicional séptima.

por contribuir a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural».

De otra parte, la ley en su artículo 22,1,a admite que el valor establecido, consistente en la capitalización de la renta anual o potencial, podrá ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico. Se matiza así la rotundidad de la negación de expectativas. No se admiten como reconocidas por la planificación; pero no se descartan como una realidad objetiva que no es ajena al mercado.

Una consideración de las expectativas, de un modo indirecto y parcial, se contempla en el artículo 24 que trata de la indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización. Se refiere a terrenos «incluidos en la delimitación de ámbitos de actuación» cuando se impida el ejercicio de la citada facultad o altere sus condiciones modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad antes del inicio de la actuación o en circunstancias equivalentes, siempre que no exista incumplimiento de los deberes correspondientes. Dará lugar a una indemnización consistente en «la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación». No se trata, ciertamente de una valoración que incluya las expectativas, no es un justiprecio, pero ese destino futuro está presente en lo que se configura como supuesto del daño indemnizable.

El objetivo último de la ley no es meramente conceptual, sino abaratar el justiprecio de las expropiaciones y para ello, se derogan los artículos 38 y 39 de la ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954. El valor del suelo se pretende alejar, por esa vía, del valor del mercado en la búsqueda de su valor real o auténtico, en la apreciación del legislador. Y no se trata de la expropiación propiamente urbanística, como pueden ser las relativas a dotaciones, incluidos los sistemas generales, sino relativas a toda clase de obras públicas (25).

Al «valor real» se refiere el artículo 43 de la Ley de expropiación forzosa. Es un ideal que cada legislador intenta definir. Para el de 1998 era el que «el mercado asigna a cada tipo de suelo», aunque no de una manera autónoma, porque depende de la decisión de la Administración en el mismo

---

(25) El artículo 25,2 de la Ley 6/1998, según la redacción de la 53/2002 de 20 de diciembre decía que la valoración de los suelos destinados a infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, autonómico o estatal se determinaría «según la clase de suelo en que sitúen o por los que discurran».



contexto legal, en función de que el suelo urbanizable estuviese o no previamente delimitado en el planeamiento. Es lo que rechaza el legislador de 2007.

## V. DERECHO DE PROPIEDAD Y FUNCIÓN PÚBLICA

La valoración del suelo, según su situación básica, incide en la concepción que se tenga del contenido del derecho de propiedad, que es otra de las innovaciones fundamentales respecto de la ley del 98.

El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario dice el artículo 7,1 de la ley, recogiendo una doctrina consolidada desde la ley de 1956. Régimen que resulta —sigue diciendo— de su vinculación a concretos destinos (26). Las facultades dominicales sobre los terrenos se ejercerán, por tanto, con arreglo a lo dispuesto en la ley y el planeamiento. En esto no hay innovación. Tampoco en el entrelazamiento público-privado que implica la coexistencia de la función administrativa de planificación con el régimen de la propiedad. Es en relación con el contenido del derecho de propiedad donde se presentan los problemas y se evidencia la orientación de las leyes correspondientes.

Ya el legislador de 1956 advirtió que «el régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad —que delimita su contenido según el artículo 33 CE— resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística». La cuestión no estriba en el reconocimiento de la propiedad privada, que es hoy un derecho constitucional, sino en el papel que ha de desarrollar en el proceso de urbanización.

El legislador de 1956 expresó un desideratum incumplible que reflejan estas palabras:

«si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera de la propiedad pública, mediante justa adquisición, para ofrecerla, una vez urbanizado a quienes desearan edificar, la solución, sin embargo, no es viable en España».

De acuerdo con la tradición legislativa, el derecho de propiedad contenía el de urbanizar. Así lucía expresamente en la ley de 1990 promovida por un gobierno socialista. Completar la urbanización en el suelo urbano, promover la transformación del suelo urbanizable, reconocía la Ley de 1998 (arts.

---

(26) El apartado 2 añade que «la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de la propiedad del suelo».

13, 14 y 15) de orientación liberal. La ley de 2007 se separa de esa constante. El «*ius aedificandi*» se reconoce como contenido del derecho de propiedad «de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto» (27); que debe ser ejercido en los plazos establecidos (artículo 9,1). En cambio la urbanización no figura en el artículo 8 que se refiere al contenido del derecho de propiedad del suelo. Tampoco se configura como un deber y, por tanto, sin consecuencia alguna por un incumplimiento no debido.

La razón se explicita en el preámbulo de la ley. Se parte de calificar a la actividad urbanística como «una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de propiedad como a la libertad de empresa». Para continuar diciendo que «la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse a la Administración o encomendar a privados». En este caso «ha de poder ser abierta a la competencia de terceros», con lo que se espera redunde en la «agilidad y eficacia de la gestión».

Su justificación se hace con base en argumentos susceptibles de discusión: que la urbanización suele —pero no siempre— afectar a una pluralidad de fincas, «por lo que excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad» o que el urbanismo español «reservó a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización». Esta afirmación no es exacta. Entre los sistemas de actuación tradicionales y que figuran actualmente en la legislación autonómica dos de ellos, el de expropiación y cooperación, tienen un protagonismo público evidente. Otra cosa es que el de compensación, en el que el protagonismo corresponde a los propietarios, sea el más usado. Y en todo caso la dirección es siempre pública, como reconocía la Ley 6/1998 (art. 4,1). Lo afirmado se contradice, sin ir más lejos, con el reconocimiento en el artículo 4,2 de la Ley 6/1998, de la gestión pública a través de su acción urbanizadora que promovería, eso sí, la participación privada «aunque ésta no ostente la propiedad del suelo».

Que los no propietarios de terrenos pudieran participar en la actividad urbanizadora pública estaba reconocido. La innovación de la ley de 2007 es que la titularidad de la actividad urbanizadora pertenece a la Administración, que puede desarrollarla directa o indirectamente, mediante procedimiento con publicidad y concurrencia en este caso. Los propietarios podrán participar como un empresario más, no en su condición de propietarios, aunque el artículo 6 a deja un portillo abierto en el sistema al decir «sin perjuicio de

---

(27) La STC 61/1997, no obstante, declaró que «el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas, más fundamentales, como, por ejemplo y entre otras, las que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo éste que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo».

las peculiaridades o excepciones que la legislación aplicable —supuestamente la autonómica— prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo, o como con mayor claridad dice la exposición de motivos «sin perjuicio de que el legislador urbanístico opte por seguir reservando a la propiedad la iniciativa en determinados casos de acuerdo con esta ley que —poniendo la venda antes de la herida— persigue el progreso, pero no la ruptura».

No se explicita el alcance de ese «sin perjuicio» que viene a relajar la rotundidad de la tesis mantenida por la ley. De otra parte, al admitirse esa excepción se está cuarteando el título competencial del Estado reconocido en el artículo 1,1,1<sup>ª</sup> de la CE que persigue garantizar la igualdad, en este caso en el ejercicio de derecho de propiedad, en que se basó la STC 61/1997 para reconocer la competencia del Estado (28). La desigualdad está a merced de la aplicación que las Comunidades autónomas hagan de esta cláusula de excepción a la regla general. No sólo se debilita el fundamento de la tesis central de la ley, sino que abre la posibilidad a que sea impugnada de inconstitucionalidad (29).

La opción asumida por el legislador de 2007 no es una novedad absoluta. Se corresponde con la figura del agente urbanizador incluida por primera vez en la ley valenciana de 1994 (30) y admitida en otras leyes autonómicas como las de Castilla-La Mancha o Extremadura.

La opción de la ley está respaldada por algún sector doctrinal que orientó la ley valenciana, a la que pertenecen estas palabras:

«convertir al dueño civil en agente ejecutor de decisiones públicas tenía su lógica en un arcaico contexto económico falto de desarrollo industrial, empresarial y tecnológico donde la tierra era un bien de capital importancia».

La consecuencia de tal concepción, que se considera obsoleta, era considerar la urbanización como una carga accesoria de la edificación, como un derecho-deber del propietario.

En esa línea se adscriben colegas como Parejo, o Gómez-Ferrer que ya en 1998 sostuvo que «no existe un derecho a urbanizar que corresponda al pro-

---

(28) La STC 37/1997, sostenía en relación con la ley de Andalucía de desarrollo agrario que se pueden justificar distintos instrumentos jurídicos en atención a la propia localización de los bienes o en razón de las cambiantes condiciones económicas, sociales e incluso de orden cultural en cada parte del territorio.

(29) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit. loc. cit.*, p. 68 para quien esa radical ambigüedad es inaceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica

(30) Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS, *Urbanismo y ordenación del territorio*, Thomson-Arazandi, 2004, pp. 173 y ss. Esa ley fue sustituida por la ley 16/2005 de 30 de diciembre urbanística valenciana, tras ser advertida España por la Comisión Europea.

pietario como una facultad de su derecho de propiedad», siendo las tradicionalmente cargas del propietario «prestaciones patrimoniales de Derecho público» (31); o Parada con su defensa de un urbanismo de obra pública (32). En una línea opuesta T. Ramón Fernández, ha sostenido que la ley opera «una verdadera nacionalización del derecho a urbanizar perfectamente innecesaria» (33).

La innovación de la ley de 2007 es que generaliza la fórmula y en virtud de su orientación conceptual la iniciativa corresponde siempre a la Administración, aunque pueda encomendar o adjudicar la gestión a «privados», a particulares.

Los propietarios tienen derecho a participar en la ejecución de actuaciones de urbanización, (art. 8,1,c), entre las que se cuentan las de nueva urbanización para pasar suelo rural a urbanizado o de reformar o renovar la urbanización en un ámbito de suelo urbanizado (art. 14,1), por supuesto de acuerdo con un principio tradicionalmente reconocido de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados.

Lo que sucede es que participarán como promotores de la urbanización junto a otros que no sean propietarios en el concurso público convocado al efecto (34). Si efectivamente resultan adjudicatarios del concurso, cualquiera que sea la calificación del negocio jurídico, se sitúan en el lugar de la Administración, como demuestra el hecho de que la urbanización podría ser realizada directamente por ella.

Se ha evitado que se aplique la Directiva europea sobre contratación pública teniendo en cuanto el pronunciamiento en sentido contrario de la STJCE de 12 de junio de 2001, asunto 399/98, Scala (35). En este sentido se trataría de adjudicar un convenio de los previstos en el artículo 4,1, d de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público, que transpuso la Directiva 2004/18/CE, que están excluidos del ámbito de esa ley. Pero para ello ha de sostenerse que su objeto no se reduce a una obra pública, a menos que su cuantía no alcance el umbral establecido en la Directiva y aceptado por la ley, sino que se trata de un objeto complejo en el que la obra pública es sólo una parte, siendo la principal la de proporcionar solares, aptos para la edificación, con destinatarios distintos, la Administración en el primer caso,

---

(31) R. GÓMEZ-FERRER, «El derecho a urbanizar: carga y deberes», en *Ordenación...* p. 191.

(32) R. PARADA, Urbanismo de obra privada *versus* urbanismo de obra pública, en *Ordenación* pp. 45 y ss.

(33) *Op. cit., loc. cit.*, p.6.

(34) Una descripción de la lucha entre propietarios que consiguen ser urbanizadores y otros que no lo han conseguido en lo que influye la brevedad de los plazos para las inversiones a realizar en J. GONZÁLEZ-VARAS, *Urbanismo ...* pp. 182-184 que refleja la experiencia valenciana.

(35) Cfr. T.R FERNÁNDEZ en *Documentación administrativa*, núm. 261-262, p. 11 y ss.

el particular en el segundo, corriendo los propietarios con el coste, que puede ser pagado con cargo a lo urbanizado.

En todo caso, una naturaleza que ha sido objeto de diferentes opiniones (36) a cuya solución no ayuda la calificación de servicio público que se contiene en la ley, si se toma en sentido estricto, ya que es evidente que no se trata de un contrato de gestión de servicios públicos regulado en la ley de contratos del sector público (37).

La finalidad de esta orientación de la ley, como de las autonómicas que han acogido la figura del agente urbanizador es agilizar la urbanización, la gestión urbanística. La programación pasa a ocupar un papel relevante, que recuerda los programas de actuación urbanística de 1975 (38) y también ahora se habla de un urbanismo concertado. Se trataría de programas de actuación integrada, de planeamiento y ejecución (39), más allá de los planes de sectorización (artículo 66 de la ley gallega, *ad exemplum*).

La ley 8/2007 expresa una clara intención de que este sistema sea el de general aplicación. En ese sentido dejaría sin efecto el sistema de compensación para ejecución del plan en el que los propietarios tienen el protagonismo, bajo la dirección de la Administración. Esta puede dejar sin efecto el sistema y sustituirlo por otro de protagonismo público —como la expropiación— si los propietarios no cumplen con su obligación de presentar en el plazo legal los estatutos y bases de actuación de la junta de compensación que han de constituir (40).

Otra cosa es, como sucede en algunas Comunidades autónomas, por ejemplo en Galicia, que el sistema análogo —de concesión de obra urbanizadora— sea uno más de los previstos tradicionalmente: de compensación o concierto, de ejecución privada y de cooperación y expropiación, de ejecu-

---

(36) Antes de la Ley 30/2007, contrato administrativo especial —así se define en la LUV—, convenio de colaboración, incluso encomienda de gestión con base en el carácter de agente, sobre todo tomando como punto de referencia la figura del agente urbanizador de varias leyes urbanísticas autonómicas. Cfr. E GONZÁLEZ VARAS... *Urbanismo...* pp. 2008 y ss., y estudios varios en *Documentación administrativa*, núm. 261-262, y en RDU y MA, núm. 233 (2007).

(37) Artículo 8 de la Ley 30/2007.

(38) Ley 19/1975 de 2 de mayo. Operaban sobre suelo urbanizable no programado dentro de la concepción abierta del plan, para atender a imprevistos. Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *El urbanismo concertado y la ley del suelo*, Instituto de Estudios Administrativos, ENAP, Madrid, 1974, pp. 116 y ss. Esa influencia se reconoce en la LUV.

(39) Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS, pp. 173 y ss ampliamente con especial referencia a la comunidad valenciana y exposición de motivos de la correspondiente LRAUV. En la LUV se reconoce su carácter complejo, con rasgos de los convenios administrativos, contratos administrativos y «antiguas figuras de urbanismo concertado». La figura ha sido cuestionada por la Comisión Europea.

(40) Artículos 157, 158, 159 del Reglamento de gestión urbanística.

ción pública. Actúa en sustitución del de compensación, una vez transcurrido el plazo de dos años desde la aprobación del planeamiento que ordene el polígono correspondiente (41). El plazo puede ser determinante en disfavor de los propietarios para constituirse, de alguna forma, en promotores frente a los que lo son ya profesionalmente. Dependerá de las Comunidades autónomas. La ley dice que no podrá ser inferior a un mes.

Con independencia del juego que las legislaciones autonómicas puedan dar a la excepción incluida en el citado artículo 6 es evidente que la ley de 2007 ha apostado por los promotores —empresarios— frente a los propietarios. Un colega, también ilustre, López-Ramón, expresa sus dudas de que lo propuesto en la ley de 2007 «resuelva adecuadamente los términos de un problema real», que el camino adecuado... se encuentre en beneficiar a unos propietarios (los de las empresas inmobiliarias) en detrimento de los tradicionales (los del suelo) (42). Puede ocurrir que los propietarios renuncien a constituirse en promotores, siendo expropiados, sin beneficiarse de los rendimientos que resultan de la urbanización, al fijarse el justiprecio por el valor inicial, inferior al del suelo urbanizado que puede ser pagado en especie. No puede utilizarse la expropiación en beneficio del empresario (43).

El mismo artículo 6,1 a señala que el procedimiento para adjudicar la ejecución de la urbanización ha de contener criterios «que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas». Queda en esta determinación un margen amplio del que puede beneficiarse el propietario y el empresario mediante la correspondiente negociación. También para la discrecionalidad, ya que la gestión indirecta de la urbanización por el empresario o agente urbanizador se hace cuando la Administración no la realice, sin que la ley exija motivación. De ese modo las plusvalías, no recaen en la Administración pública, sino en un particular, el empresario (44).

No es aventurado sostener la posición de ventaja que en la práctica tendrá el que es empresario promotor (45). Se refuerza en la ley (artículo 31) al

---

(41) Art. 161 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

(42) Cfr. F. LÓPEZ-RAMÓN, *Introducción*, p. 129-131. En sentido crítico, J. E. SORIANO, *Hacia la tercera desamortización*, M. Pons, Madrid, 1995, p. 113, que habla de la distinción entre propietarios «buenos» y «malos» que hace el legislador.

(43) Cfr. L. PAREJO, *op. cit.*, pp. 110 y 11.

(44) En sentido crítico, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios*, al artículo 3, 6 y 9.

(45) Para T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, loc. cit., p. 74, «los grandes beneficiarios de la ley van a ser los promotores, los agentes urbanizadores especialmente los advenedizos, que son los que no tienen suelo de su propiedad».

rescatar la procedencia de la venta forzosa, como alternativa a la expropiación, que contenía la ley de 1990, del mismo signo partidario, en beneficio de los promotores, al no cumplir en tiempo el propietario el deber de ejercer sus facultades, entre las que figuraba la de urbanizar.

## **VI. VIVIENDA ACCESIBLE: RESERVA DE SUELO Y PATRIMONIOS PÚBLICOS DE SUELO**

Como manifestaciones de *soft law* se establecen criterios básicos de utilización del suelo, como destinar, por las Administraciones competentes (Comunidades autónomas y Municipios) «el suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifique» o atender a principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres, de movilidad, de eficiencia energética.

Pero el mismo artículo 10 en su apartado b da un paso más, y al prever que se destine suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, dispone que la legislación autonómica y los instrumentos de ordenación, principalmente municipales, reservarán como mínimo, para vivienda sujeta a régimen de protección pública, un 30 por ciento del suelo destinado a uso residencial. No es una novedad completa, porque una reserva con ese destino figuraba ya en legislaciones autonómicas. Ahora se generaliza, de modo que aquellas que no lo hubieran previsto o hubieran dispuesto una cuantía menor, al cabo de un año tendrán que incluirlo (disposición transitoria primera).

Esa reserva no determina la titularidad del suelo afectado que puede ser pública o privada. La ley prevé reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, como una de las finalidades de los patrimonios públicos de suelo (artículo 34) que, como los municipales de larga tradición a los que sustituye (46) en parte por la existencia de comunidades autónomas, responden al mismo objetivo de hacer efectivo el derecho reconocido en el artículo 47 de la CE de accesibilidad a una «vivienda digna y adecuada».

La Ley determina expresamente que integran esos patrimonios, de ámbito no estrictamente municipal, los recursos y derechos que adquiera la Administración en virtud del deber legal de entregar el suelo correspondiente con ocasión de una actuación de transformación urbanística (artículo 16,1 b).

---

(46) La Ley deroga los artículos 276 y 280,1 del texto refundido de 1992 que continuaban vigentes después de la STC 61/1997.

La Ley reproduce los términos de los patrimonios municipales del suelo en cuanto a su finalidad (47) y destino (48), y sigue reconociendo su carácter de patrimonio separado, afecto a un fin específico, que no puede confundirse con los generales de la Administración respectiva. Pero se introducen modificaciones significativas que pueden desviar a los patrimonios de su finalidad tradicional, por más que se diga que los bienes y recursos que los integran deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública (artículo 34,1), porque a renglón seguido se añade que podrán ser destinados «a otros usos de interés social», ahora no ya de acuerdo con el planeamiento.

La desviación puede ser más clara al reconocer la ley que los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que integran los citados patrimonios —o el dinero percibido en sustitución del deber legal de entrega de suelo— puede destinarse no sólo a la conservación, administración y ampliación del patrimonio separado sino «a los usos propios de su destino», como una alternativa. Ciertamente se incrementa la flexibilidad, pero se aleja del objetivo de «realimentación» continua del patrimonio, en cuya afirmación se ha esforzado la doctrina (49) y la jurisprudencia (50), que se han pronunciado por rechazar la utilización de los patrimonios municipales de suelo como un medio de financiación de los Municipios.

La accesibilidad a la vivienda está condicionada por su coste. En ello influye la escasez de suelo para uso residencial, y obedece a diferentes causas, y en último término depende del mercado y del comportamiento de los empresarios (51); pero también de las Administraciones Públicas y de los legisladores competentes en materia de ordenación urbanística, que ahora son las Comunidades autónomas.

Es un lugar común, reconocer la complejidad y excesiva duración del proceso de planificación. La congelación de suelo que supone la elaboración del Plan, empezando por la suspensión del otorgamiento de licencias, conlleva

---

(47) Regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial (del planeamiento en el texto refundido de 1992).

(48) Conservación y ampliación de patrimonio. Ahora se añade administración.

(49) Cfr. T. QUINTANA, *Los patrimonios municipales de suelo*, Madrid, Lustel, 2007, pp. 209 y ss.

(50) Un examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en B. LÓPEZ-JURADO, «Los patrimonios públicos de suelo», monografías de esta REVISTA, núm. 14, 2007 (separata), pp. 195 y ss.

(51) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios...*, p. 271. J.M<sup>º</sup> PÉREZ HERRERO (director) *Hacia un nuevo urbanismo*, Fundación de Estudios Inmobiliarios, Madrid, 2005 capítulo IV, aportaciones de G. ARIÑO, A. PETITBÓ, A. PULIDO pp. 86 y ss.



efectos perversos para los objetivos perseguidos: se encarece el suelo disponible, la oferta no se adecua a la demanda, el coste final del producto —vivienda, locales comerciales, etc.— se ve influido por esa prolongada espera (52). La ley intenta acortar tiempos muertos para agilizar la ejecución de los planes, dando protagonismo al sistema del empresario promotor o agente urbanizador anteriormente expuesto.

## VII. LA APLICACIÓN DE LA LEY

La Ley 8/2007 se enfrenta con un problema nada fácil que es el de su aplicación. En virtud de la distribución de competencias estatales y autonómicas, las leyes de estas últimas tienen la última palabra en lo que es propiamente urbanismo.

A las Comunidades autónomas corresponden numerosas competencias según las correspondientes referencias que hace la ley. A ellas se dirigen preceptos de *soft law* mencionados con anterioridad. En virtud de su competencia sobre urbanismo y el deliberado propósito de la ley de no regular cuestiones urbanísticas, a la legislación autonómica corresponde garantizar la dirección y control del proceso urbanístico por las Administraciones públicas, de acuerdo con el carácter de función pública del urbanismo, así como la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los poderes públicos y fomentar la participación privada (artículo 3,2).

En relación con la iniciativa y ejecución de la urbanización, las Comunidades autónomas tienen margen para interpretar en beneficio de los propietarios en qué puedan consistir las peculiaridades o excepciones del sistema previsto en la ley. Hasta qué punto podrán seguir manteniendo el sistema de compensación, de ejecución privada, por los propietarios frente al *desideratum* de la ley claramente favorable al empresario promotor.

La clasificación del suelo que, por el abandono de la ley, se ha dejado a la exclusiva competencia de las comunidades autónomas no dejará de plantear problemas respecto de su reconducción a las situaciones básicas del suelo. No es impensable que se pretenda reconocer el desaparecido suelo urbanizable en el suelo rural que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística —de competencia autonómica— «prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado» (artículo 12,2b).

---

(52) Cfr. J. L. MEILÁN GIL, «La dimensión temporal de la ordenación urbanística», *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 145, 1995, pp. 11 y ss.

El suelo urbano consolidado, reconocido en la legislación autonómica, va a ser presumiblemente un punto de fricción, como se adelantó. La STC 164/2001 (fj. 19 y 20) con doctrina reiterada en STC 54/2001, declaró que las Comunidades autónomas tienen competencia para procurar «en los límites de la realidad», qué se entiende como suelo urbano consolidado. Esa apelación a la realidad va a hacer difícil identificar el actual suelo urbano no consolidado con el suelo rural, ya que según el citado en su momento artículo 12,3 no deja de serlo «hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización» cuando, además, el artículo 14,2 reconoce que el inicio de esa actuación se fija en virtud de que se hayan aprobado y sean eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución y «empiece la ejecución material» de las obras.

Es razonable que corresponda a la legislación de las Comunidades autónomas disponer sobre los usos y utilización de los recursos en el suelo rural (artículo 13).

A la legislación autonómica se atribuye también fijar el porcentaje de la edificabilidad que corresponde como cesión de suelo a la Administración competente, dentro de los márgenes establecidos por la ley —5 y 15 por ciento— que puede excepcionalmente reducir o incrementar hasta un máximo de 20 por ciento.

La ley 8/2007 introduce un cambio profundo en cuestiones fundamentales. Habrá que comprobar su eficacia, la resistencia a su aplicación y esperar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La opción preferencial por el empresario promotor de un modo radical hace surgir la duda acerca de si es la vía más eficaz para impedir la especulación y para que la comunidad participe en las plusvalías urbanísticas de las que habla la Constitución.

El abaratamiento de las expropiaciones, por su parte, podría justificarse para las obras públicas e infraestructuras de interés general, pero es más difícil de justificar cuando se hace en beneficio del empresario-promotor.

La aplicación de la ley tendrá dificultades por la incidencia del ciclo económico en que se promulga, marcado por la recesión que influye negativamente en un renglón que ha constituido un reconocido motor de la economía. La incertidumbre no es un escenario positivo, que se intenta despejar con la obra pública y, en materia de urbanismo, con la política de vivienda de protección pública.

# EL MODELO ESPAÑOL DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN EL CONTEXTO COMUNITARIO EUROPEO DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO(\*)

ANTONIO EZQUERRA HUERVA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL SOMETIMIENTO DE LA ACTIVIDAD FARMACÉUTICA A UN RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Origen y evolución histórica de la intervención administrativa en materia de farmacias. 2. El debate acerca del sometimiento de la actividad farmacéutica a intervención administrativa en el Derecho español interno. En particular, su legitimidad constitucional.— III. LA CUESTIONABLE COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE ORDENACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA CON EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: 1. El cuestionamiento de la adecuación al Derecho comunitario europeo del régimen español de ordenación farmacéutica por parte de la Comisión Europea. 2. El título legitimador de la intervención de la Unión Europea en materia de ordenación farmacéutica: la sujeción de dicha materia a la libertad de establecimiento: A) La ausencia de competencias comunitarias sobre ordenación farmacéutica con arreglo al título relativo a «salud pública» (art. 152 TCE). B) La sujeción de la ordenación de las oficinas de farmacia a las libertades fundamentales del Derecho comunitario como posible título legitimador de la intervención de la Unión Europea en el sector. 3. El alcance general de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE. 4. La proporcionalidad como criterio determinante de la legitimidad o no del modelo español de planificación y titularidad de las oficinas de farmacia: A) La legitimidad de la adopción de medidas restrictivas de la libertad de establecimiento en materia de ordenación farmacéutica. B) La falta de proporcionalidad de la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de las personas físicas con la titulación correspondiente y de la prohibición de acumula-*

---

(\*) Texto correspondiente a la ponencia presentada en el XVI Congreso de la «Asociación Juristas de la Salud», celebrada en Vigo entre los días 21 y 23 de noviembre de 2007, bajo el lema: «Asistencia sanitaria y farmacéutica en el siglo XXI».

Las abreviaturas que utilizo en el presente trabajo son las siguientes: ATC: Auto del Tribunal Constitucional; Cc: Código Civil; CE: Constitución Española; FJ: Fundamento Jurídico; LCC: Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; LGURM: Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; LSOF: Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los Servicios de las Oficinas de Farmacia; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; RD: Real Decreto; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TCE: Tratado de 25 de marzo de 1957, Constitutivo de la Comunidad Europea; TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

*ción de farmacias. C) El modelo de planificación territorial de las oficinas de farmacia y su cuestionable justificación en la necesidad de garantizar un elevado nivel cualitativo de la prestación farmacéutica.— IV. LA INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR.— V. CONCLUSIONES.*

**RESUMEN:** El sometimiento de la apertura de oficinas de farmacia a un régimen de planificación geográfica basado en módulos de población y distancias mínimas, así como la reserva de la propiedad de las boticas a favor de los farmacéuticos diplomados, han sido fuente de controversia constante en el Derecho español. Últimamente, el aludido debate se ha visto reavivado por la Comisión Europea, que ha emitido un Dictamen Motivado en el que cuestiona la avenencia del apuntado modelo español de ordenación farmacéutica a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE, y que puede ser la antesala de la denuncia del Reino de España ante el TJCE por incumplimiento del Derecho comunitario. En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio acerca de la incidencia que los designios de la precitada libertad comunitaria de establecimiento tienen en materia de ordenación farmacéutica y, por ende, sobre el grado de compatibilidad de la regulación española del sector con los imperativos derivados del Derecho comunitario.

**Palabras clave:** intervención administrativa; liberalización; farmacias; libertad de establecimiento; Derecho comunitario.

**ABSTRACT:** *The requirements for the establishment of a pharmacy, subject to a regime of geographical planning based on population modules and minimum distances, as well as the reserve of the pharmacies ownership in favour of graduate pharmacists, have constantly been object of controversy in Spanish Law. The debate has been revived again recently by the European Commission, which has delivered a detailed opinion questioning the compliance of the abovementioned Spanish system of regulation of the establishment of pharmacies with the freedom of establishment as consecrated in art. 43 of the EC treaty, and which can be the prelude to an action against Kingdom of Spain before the CJEC (Court of Justice of the European Communities) for the contravention of Community Law. This work is aimed at the study of the repercussion that the mentioned community freedom of establishment has on the regulation of the pharmacy sector and, therefore, at the study of the degree of compatibility of the Spanish regulation of the sector with the imperatives derived from Community Law.*

**Key words:** *Intervention policies, liberalization, pharmacies, freedom of establishment, Community Law.*

## I. INTRODUCCIÓN

El modelo español de ordenación de las oficinas de farmacias se caracteriza por haber sido, de manera habitual, fuente de abundantes, ricas e interesantes controversias jurídicas. Ello ha sido debido de modo fundamental a dos órdenes de circunstancias diversas, pero estrechamente vinculadas. Por un lado, hay que tener en cuenta que tanto la apertura de este tipo de establecimientos sanitarios como el desempeño de las funciones a ellas encomendadas por la normativa correspondiente, han determinado el sometimiento de la actividad a un régimen jurídico particularmente detallado y riguroso. Este planteamiento legislativo —sin duda justificado en la finalidad de garantizar una adecuada protección de la salud de los ciudadanos— ha dado pie a que por el propio colectivo de los propietarios de farmacias— bien a título individual, bien de manera corporativa a través del correspondiente colegio profesional— se hayan cuestionado diversos aspectos de la indicada regulación del sector, con el claro objetivo de eludir o, cuando menos, atemperar algunas de las restricciones o exigencias a los que se ven sometidos.

Por otro lado, la elevada conflictividad que tradicionalmente ha envuelto a la ordenación farmacéutica en nuestro país se ve asimismo alimentada por la circunstancia de que, por lo común, las farmacias constituyen negocios de una rentabilidad económica muy atractiva para los profesionales del sector. Ello ha hecho que la litigiosidad, tanto entre los titulares de autorizaciones de farmacia, como entre éstos y los farmacéuticos diplomados que aspiran a obtener uno de los indicados títulos habilitantes de la apertura de una nueva botica, sea en verdad reiterada e intensa. Así, los conflictos entre los propietarios de farmacias acostumbran a girar en torno a aspectos que pueden repercutir en la cuota de mercado de cada farmacia, en un régimen de competencia entre ellas. Por su parte, la disputa entre los farmacéuticos sin farmacia y los farmacéuticos ya establecidos —auspiciados estos últimos por los Colegios Oficiales de Farmacéuticos— se centra fundamentalmente en la aspiración de los primeros a que se liberalice el sector, de modo que vean facilitada la apertura de su propia farmacia, y el rechazo de los segundos al mayor reparto del negocio de dispensación de medicamentos que traería consigo una eventual flexibilización de los criterios de acceso a la condición de propietario de farmacia.

En el contexto que se acaba de describir, han sido numerosos los extremos que han resultado objeto de polémica y que, por consiguiente, han dado pie al correspondiente debate y, en algunas ocasiones, incluso al pronunciamiento de los Tribunales. Entre ellos me permito destacar, sin ánimo alguno de ser exhaustivo en la enumeración, a la interpretación y cómputo de los módulos de población y de las distancias mínimas para abrir nuevas farma-

cias y trasladar las existentes (1), a la en su día muy intensa problemática acerca de los horarios de apertura (2), a la más reciente cuestión de la posi-

---

(1) Destaco simplemente en este punto que en relación con el cómputo de los módulos de población, la medición de las distancias mínimas, y el cumplimiento de los requisitos físicos exigidos a los locales en que han de ubicarse las oficinas de farmacia, el Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación en cierto modo, y en términos harto comedidos, flexibilizadora. En su formulación, esta doctrina jurisprudencial, amparada en el denominado principio pro-apertura, guarda estrecha relación con el juicio que para el Alto Órgano Judicial merece el modelo de limitación del número de farmacias, por lo que será objeto de atención más detenida, en notas, en el apartado II.2 de este mismo trabajo.

(2) La polémica acerca de la libertad de horarios de las oficinas de farmacia se planteó en la práctica cuando algunas farmacias decidieron abrir al público durante un horario más amplio del fijado por las normativas autonómicas, circunstancia que generó la reacción de otros boticarios y de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos. La cuestión quedó en principio zanjada con la entrada en vigor de la LSOF, en cuyo art. 6 se dispone que las oficinas de farmacia deben prestar sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad horarias, considerándose que las normas que al respecto establezcan las Comunidades Autónomas tienen «carácter de mínimos, permitiéndose, en consecuencia, el funcionamiento de estos establecimientos en horarios por encima de los mínimos oficiales». Con esta regulación, la LSOF dio cumplimiento a la remisión normativa contenida en el art. 3 de la Ley 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ley del Comercio Minorista, a cuyo tenor: «las oficinas de farmacia se regirán por su normativa específica». Para un estudio del régimen horario de las oficinas de farmacia resultante de las normas antedichas, véase la monografía de Enrique GÓMEZ-REINO CARNOTA: *Horarios comerciales y de oficinas de farmacia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 81 y sgs.

Interesa informar que pese a la claridad del art. 6 LSOF en el sentido del carácter libre de los horarios de apertura de farmacias tras el cumplimiento de los horarios oficiales, el Tribunal Supremo ha hecho una interpretación restrictiva del precepto que, en la práctica, y a mi juicio con una argumentación de difícil encaje en la letra de la Ley, supone la negación de que los horarios fijados por las Comunidades Autónomas tengan el carácter de mínimo y, por ende, la negación de la libertad de apertura que con carácter básico consagra la LSOF. Sobre el particular, me remito a la STS de 11 de julio de 2006 (RJ 2006/8353). Juzgo de interés la transcripción de un breve pasaje de su Fundamento de Derecho Segundo, en el que puede leerse lo siguiente:

«Pues en efecto, y como bien señala la sentencia recurrida, y se desprende de la lectura del artículo 6 de la Ley 16/1997 de 25 de abril, el precepto no solo refiere el régimen de libertad y flexibilidad, sino que por un lado, autoriza la intervención de las Comunidades Autónomas, en ese en principio régimen de libertad, por razones de guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, y por otro, dispone que cuando se realicen jornadas u horarios fuera de los mínimos, se deberán comunicar a la Comunidad Autónoma, con carácter previo y deberán mantener con continuidad dicho régimen, en los términos en que la autoridad sanitaria les indique, y de ello, es obligado inferir, que está justificada y autorizada la intervención de la Comunidad Autónoma, aun tratándose, cual se trata, de una norma básica, por razones de la naturaleza del servicio, que no es dable aceptar, sin más, como se pretende, que la norma establece el régimen absoluto de libertad para los farmacéuticos para fijar cada uno su horario o el horario que tenga por conveniente, al margen de las necesidades del servicio y de lo que pretenda la Comunidad Autónoma, cuando además, ésta, la Comunidad Autónoma, está facultada para intervenir, según el propio artículo 6, como se ha visto, por necesidades del servicio y también para autorizar las peticiones de horario fuera del mínimo establecido».

Esta argumentación lleva al Tribunal Supremo a considerar conforme al tan citado art. 6 LSOF, el Decreto 258/1997, de 16 de octubre, relativo a la planificación y ordenación farmacéutica de

bilidad o no de venta de medicamentos fuera de establecimientos farmacéuticos y por medios telemáticos (3), o, en fin, a los interesantes aspectos vinculados al reconocimiento o no del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos en orden a la dispensación de determinados productos farmacéuticos (4).

---

Canarias, en el que se establecen cuatro posibles horarios de apertura, y se prohíbe a los farmacéuticos tener horarios diferentes a aquél de dichos turnos por el que opten.

(3) En torno a este particular debe tomarse como punto de partida lo que disponen los arts. 2.4 y 84.2-b) LGURM y el art. 5.1 LSOE. El primero de los citados establece con rotundidad la prohibición de venta por correspondencia y por procedimientos telemáticos, de medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción médica; y los arts 84.2-b) LGURM y 5.1 LSOE, exigen la presencia y actuación profesional del farmacéutico en la dispensación del medicamento. A la luz de los preceptos citados, parece claro que la posibilidad de venta de medicamentos por correspondencia y por vía telemática no tiene cabida en el Derecho español. Ello no obstante, ha de señalarse como el Tribunal Constitucional ha admitido el suministro o entrega de medicamentos por correspondencia o mensajería, siempre que la dispensación sea efectuada por una farmacia y esté cubierta por una receta médica (STC 152/2003, de 17 de julio). Lógicamente dicha posibilidad se circunscribe exclusivamente a la entrega o envío del medicamento, no a la venta en sí misma considerada o, lo que es sinónimo, la doctrina del Tribunal Constitucional no implica una excepción, ni siquiera una relajación, de las funciones y deberes de las boticas en la dispensación del medicamento.

También el TJCE se ha pronunciado sobre este extremo al señalar que una eventual prohibición legislativa de venta de medicamentos por correspondencia o telemáticamente sólo puede referirse a aquellos medicamentos que precisen prescripción médica». En tal sentido, STJCE de 11 de diciembre de 2003, asunto C-332/01, *Deutscher Apothekerverband* vr. 0800 *DocMorris* NV y *Jacques Waterval*.

Sobre la problemática acerca de la dispensación de medicamentos «a distancia», véase la exposición de Javier SÁNCHEZ-CARO y Fernando ABELLÁN: *La relación clínica farmacéutico-paciente. Cuestiones prácticas de Derecho Sanitario y Bioética*, ed. Comares, Granada, 2007, págs. 105-113.

(4) El alcance de la objeción de conciencia de los farmacéuticos, de modo que puedan negarse a dispensar determinados medicamentos y productos farmacéuticos es todavía en la actualidad una cuestión viva y llena de controversia. En la práctica se ha planteado fundamentalmente en relación con la resistencia de algunos boticarios a contar con existencias de métodos anticonceptivos, así como, señaladamente, de la denominada «píldora postcoital». Sobre el particular se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que en su Sentencia de 2 de octubre de 2001 (*Pinchon and Sajous* contra Francia, asunto 49853/99), negó que la objeción de conciencia de los farmacéuticos legitimase a éstos para negarse a dispensar determinados medicamentos. En el Derecho interno español, el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos está reconocido en numerosas normas autonómicas sobre ordenación farmacéutica. Ello no obstante, salvo error por mi parte, no existe pronunciamiento alguno en el que se fije el alcance del mismo y, en particular, en el que se precise si habilita o no para oponerse a la dispensación de determinados medicamentos y, en caso afirmativo, de cuáles de ellos. En concreto, los Tribunales españoles se han pronunciado en dos ocasiones sobre la cuestión. En la primera de ellas, el Tribunal Supremo [Sentencia de 23 de abril de 2005 (RJ 2005/6382)] reconoce la existencia del derecho a la objeción de conciencia, pero al inadmitir el recurso por falta de legitimación del recurrente, no entra a dilucidar si el contenido de dicho derecho legitima a su titular para no dispensar la «píldora postcoital». Por su parte, el TSJ de Andalucía (Granada) [Sentencia de 8 de enero de 2007 (JUR 2007/66688)]

El extremo de la ordenación farmacéutica que se ha mostrado controvertido de una manera más constante, y que continúa siendo problemático en el momento presente, es, en cambio, el atinente al sometimiento de la apertura de nuevas oficinas de farmacia a un régimen de planificación territorial. Régimen de planificación territorial que, como es de sobra conocido, implica condicionar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de farmacia al cumplimiento de determinados módulos de población y distancias mínimas entre ellas, parámetros ambos cuya fijación corresponde a las regulaciones autonómicas del sector (art. 2 LSOF). El indicado planteamiento normativo ha mantenido enfrentados en todo momento a los farmacéuticos con botica abierta y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos por un lado, y los titulados en farmacia que aspiran a abrir su propio establecimiento y ven cómo el modelo de *numerus clausus* que diseña el ordenamiento español se lo impide. Los primeros defienden sus legítimos intereses económicos, que verían peligrar en caso de una liberalización —más o menos intensa— del sector, con lo que ello supondría de incremento de la competencia y de reducción de la cuota de mercado de cada uno de ellos. Los titulados sin farmacia reivindican la apertura del sector al mercado, en defensa, también legítima y comprensible, de su pretensión de ejercer una de las más genuinas salidas profesionales de los licenciados en farmacia. Ante ambos, el ordenamiento jurídico español mantiene el modelo de restricción del número de farmacias, en principio justificado en la idea de que constituye el mejor régimen de cara a garantizar una prestación farmacéutica de calidad y, por tanto, una eficaz protección de la salud de los ciudadanos.

Planteadas en su día la coherencia del aludido modelo español de restricción del número de farmacias con la Constitución Española —en particular con los principios de igualdad (art. 14), de libre ejercicio de profesión u oficio (art. 35), y de libertad de empresa (art. 38)— el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de sancionar la legitimidad constitucional del mismo. El posicionamiento del supremo intérprete de la Constitución no puso fin, empero, al debate jurídico sobre la materia. Por el contrario, en fechas recientes ha sido la Comisión Europea quien ha formulado un Dictamen Motivado en el que cuestiona la compatibilidad de determinados aspectos del régimen español de ordenación farmacéutica con la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE. Más exactamente, atribuye dicho incumplimiento del Derecho comunitario a las tres medidas legislativas siguientes:

---

se ha pronunciado sobre idéntico extremo, sin que la sentencia vaya a mi juicio más allá de un reconocimiento genérico del derecho de los farmacéuticos a objetar de conciencia.

Sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos, véase nuevamente a Javier SÁNCHEZ-CARO y Fernando ABELLÁN: *La relación clínica farmacéutico-paciente...cit*, págs. 11-23



a) el propio modelo de planificación farmacéutica basado en la exigencia de módulos de población y de distancias mínimas; b) la reserva de la propiedad de las boticas a favor de las personas físicas licenciadas en farmacia y la prohibición de acumulación de farmacias por un solo propietario (5); y c) el establecimiento por parte de algunas normativas autonómicas, señaladamente la valenciana, de medidas que favorecen el otorgamiento de las autorizaciones de apertura de farmacia a los titulados que ya cuenten con experiencia en el territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma (6).

El citado Dictamen Motivado de la Comisión Europea —que a tenor del art. 226 TCE puede ser la antesala de la denuncia ante el TJCE por incumplimiento del Derecho comunitario— ha reabierto con fuerza la polémica sobre la ordenación farmacéutica española. En el presente trabajo se pretende dar cuenta de los términos en que se halla planteada la problemática jurídica en cuestión, al tiempo que aportar algunas reflexiones que puedan contribuir a arrojar luz sobre la misma. A tal efecto, se dedica un primer apartado (III), al estudio del origen y la evolución histórica del modelo español de intervención administrativa en materia de oficinas de farmacia. En dicho epígrafe se presta atención particular al debate, al que ya he hecho referencia, acerca de la adecuación o no del modelo a la propia Norma Fundamental española. El apartado III, por su parte, constituye el núcleo principal de esta exposición, toda vez que en dicha sede se lleva a cabo el análisis de la coherencia o incoherencia del régimen español de apertura y propiedad de las oficinas de farmacia con el Derecho de la Unión Europea. Finalmente, el punto IV se

---

(5) La reserva de la propiedad de las oficinas de farmacia a favor de los farmacéuticos diplomados se establece con rotundidad en el art. 103.4 LGS, a cuyo tenor, «sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público». Esta reserva de propiedad se ha visto reforzada recientemente por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. Dicha Ley regula las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, permitiendo expresamente que dichas personificaciones formen parte de los correspondientes colegios profesionales. Ello no obstante, en relación con la posibilidad de que estas sociedades accedan a la propiedad de las oficinas de farmacia, parece claramente excluida por la Disposición Adicional Sexta de la Ley, al disponer que «sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación». Sobre el alcance de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, en relación con la propiedad de las farmacias, véase la monografía de David BLANQUER: *Las oficinas de farmacia y las sociedades profesionales*, ed. Muy Ilustre Colegio de Farmacéuticos de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

En relación con la interdicción legal de acumulación de farmacias por un mismo farmacéutico, es lugar común de las regulaciones autonómicas del sector.

(6) La crítica de la Comisión Europea se dirige, en particular al art. 18 de la Ley valenciana 6/1998, de 22 de junio, y a los arts. 4 a 10 del Decreto valenciano 149/2001, de 5 de octubre, en la medida en que privilegian la experiencia adquirida como farmacéuticos en la propia Comunidad Valenciana.

refiere, a modo de breve apunte, a la incidencia que en la materia puede tener la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva Bolkenstein.

## **II. EL SOMETIMIENTO DE LA ACTIVIDAD FARMACÉUTICA A UN RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA**

El aspecto de la ordenación farmacéutica que tradicionalmente ha planteado una mayor controversia, y que por ello ha sido objeto de una más reiterada atención por parte de los estudiosos, es sin duda el concerniente al sometimiento de la apertura y funcionamiento de los establecimientos de venta de medicamentos a la población —señaladamente las oficinas de farmacia— a un régimen más o menos intenso de intervención administrativa. Para aproximarse a esta cuestión interesa hacer referencia previamente a la evolución que esta intervención administrativa sobre las farmacias ha experimentado hasta nuestros días para, a continuación, abordar el análisis del estado de la cuestión en el Derecho español actual, con especial incidencia en los planteamientos o argumentaciones en que la doctrina y el Tribunal Constitucional sostienen sus respectivas posiciones a favor y en contra del intervencionismo administrativo en el sector.

### **1. Origen y evolución histórica de la intervención administrativa en materia de farmacias**

A pesar de que el sometimiento de la actividad farmacéutica a intervención por parte de la Administración es en la actualidad una realidad plenamente consolidada, conviene destacar que no ha sido una constante a lo largo de toda la historia de la legislación farmacéutica patria. Antes bien, la misma es el resultado de un proceso evolutivo de progresiva intensificación de los poderes administrativos que no se inicia en España hasta finales de la primera mitad del pasado siglo XX. Más exactamente, la primera manifestación normativa de la limitación en la libertad de apertura de oficinas de farmacia puede situarse en el Decreto de 24 de enero de 1941, por el que se establecían normas para el establecimiento de nuevas farmacias. No hay que desconocer cómo hasta esta fecha el Derecho positivo español —contenido originariamente en la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 y en las Reales Ordenanzas de Farmacia, de 18 de abril de 1860— ya sujetaba la apertura de farmacias a la obtención de autorización administrativa previa. Ahora bien, es importante aclarar que dicha autorización no constituía un

mecanismo de limitación del número de farmacias, sino que era un mero instrumento de control de la posesión de la correspondiente titulación por parte del titular, y de la concurrencia de las condiciones adecuadas por parte del local para que en él pudiese establecerse una botica. Cabe afirmar, en conclusión, que en el momento histórico de referencia la apertura de oficinas de farmacia quedaba sujeta a un régimen de *numerus apertus* (7).

Fue por tanto el antedicho Decreto de 24 de enero de 1941 el que —haciéndose eco de las pretensiones expresadas por el propio colectivo farmacéutico en el Estatuto de Colegios de Farmacéuticos, de 28 de septiembre de 1934 (8)— puso fin a la libertad de establecimiento de farmacias carac-

---

(7) El régimen de autorización de apertura de farmacias establecido en las precitadas Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales, aprobadas por Decreto de 18 de abril de 1860 (Gaceta de Madrid de 24 de abril de 1860) quedaba claramente estipulado en su art. 5, a cuyo tenor:

«Todo Farmacéutico que quiera establecer una botica o abrir de nuevo la que tenía establecida, si hubiese estado cerrada por más de tres meses, lo participará al Alcalde del pueblo en una instancia acompañada de los documentos que siguen:

- El título de Farmacéutico o una copia literal y autorizada del mismo.
- Un plano geométrico o un croquis de las piezas o locales destinados para elaborar, conservar y expender los medicamentos
- Un catálogo de los medicamentos simples y compuestos que tenga dispuesto para el surtido de la botica, y otro de los aparatos, instrumentos y enseres de laboratorio, con arreglo al petitorio que rigiere».

Sobre la base de la aludida petición, el establecimiento en el que pretendía abrirse la botica se sometía a inspección por parte del Alcalde del Municipio junto al correspondiente Subdelegado de farmacia quien, de no apreciar ninguna falta o insuficiencia dictaminaba a favor de la apertura, autorizándose por tanto la misma, o bien señalaba las deficiencias observadas para que fuesen corregidas (arts. 42 a 44).

Del régimen que brevemente acaba de describirse se deduce cómo, en efecto, durante la vigencia de las Ordenanzas de 1860 no existía limitación alguna en el número máximo de boticas abiertas al público. Este planteamiento de *numerus apertus* de las oficinas abiertas al público se mantuvo posteriormente con la Instrucción General de Sanidad, aprobada por Decreto de 12 de enero de 1904 (Gacetas de Madrid de 22 y 23 de enero de 1904), cuyo art. 72 disponía en su párrafo primero lo siguiente: «Antes de abrir al público una farmacia, son necesarios la visita y el informe de los Subdelegados de Medicina, Farmacia y Veterinaria, al Inspector provincial respectivo. Estos informes se referirán: el del Farmacéutico, a la calidad de los productos químicos y farmacológicos; y los del Médico y Veterinario, a la suficiencia del surtido para las necesidades del ejercicio de sus respectivas profesiones».

(8) En efecto, la idea de limitar el número de oficinas de farmacia tiene su origen en el propio colectivo de los farmacéuticos, el cual manifestó sus aspiraciones en ese sentido en el Estatuto de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, aprobado por Orden de 28 de septiembre de 1934 (Gaceta de Madrid de 4 de octubre de 1934). En concreto, la justificación dada a dicha aspiración lucía en el apartado 16 de la Base IV de los aludidos Estatutos, en los términos siguientes: «Por ser de sumo interés para la salud pública una razonada y útil distribución de los servicios farmacéuticos, el Gobierno reglamentará, a propuesta de la Unión Farmacéutica Nacional, el nuevo establecimiento, distribución y, en su caso, limitación de las Oficinas de Farmacia».

terística de la legislación precedente. Para ello, la aludida disposición reglamentaria mantuvo el sometimiento de la apertura de nuevas oficinas de farmacia a autorización administrativa previa pero, como novedad fundamental en este punto, supeditó el otorgamiento de la misma a la concurrencia de determinados módulos de población mínima y a la existencia de unas distancias también mínimas con las farmacias preexistentes (9). Obviamente, la exigencia del cumplimiento de los aludidos parámetros entrañaba de hecho una restricción en el número máximo de oficinas de farmacia que podían estar abiertas al público.

Los motivos que, al menos en teoría, llevaron a este cambio de criterio normativo por el que se introdujo el apuntado modelo restrictivo en orden al establecimiento de nuevas boticas se señalaban de manera expresa en el propio Decreto de 24 de enero de 1941. Básicamente —y tras recordar que dicha restricción venía siendo una reiterada aspiración de las «entidades farmacéuticas» (10)—, se exponía cómo la limitación del número máximo de farmacias había de redundar en «un gran beneficio para la salud pública», toda vez que con ella se atajaban dos consecuencias negativas supuestamente derivadas del sistema de libre apertura preexistente, a saber: el encarecimiento de los medicamentos y el escaso nivel de satisfacción de las necesidades más elementales del colectivo de boticarios (11).

---

(9) Los módulos o condicionamientos a los que el Decreto de 24 de enero de 1941 sujetaba el otorgamiento de la autorización de apertura de farmacia se contenían en sus dos primeros preceptos y —al menos en lo concerniente a las distancias mínimas— variaban en función de la población total del Municipio en que se pretendiera instalar la nueva oficina de farmacia. Así, en cuanto a la proporción que debía guardar el número de farmacias con la población total, se establecía que era de un máximo de una farmacia por cada cinco mil habitantes. Y por lo que se refiere a las distancias mínimas entre oficinas de farmacia, se fijaba en un mínimo de 250 metros para los términos municipales de más de 100.000 habitantes, de 200 metros en los Municipios de 50.000 a 100.000 habitantes, y de 150 metros para aquellos Municipios con una población de entre 5.000 y 50.000 habitantes. Finalmente, para los Municipios de menos de 5.000 habitantes, el art. 2 disponía que «no se autorizará el establecimiento de más farmacias que las que corresponda al número de plazas de Inspectores farmacéuticos municipales, con arreglo a la clasificación de partidos farmacéuticos».

(10) En efecto, el Decreto de 24 de enero de 1941 se iniciaba con el párrafo siguiente: «Reiteradamente las entidades farmacéuticas han venido solicitando de los Poderes públicos y desde hace muchos años la reglamentación del establecimiento de nuevas farmacias o la limitación de las mismas», y proseguía con la cita expresa de la Base IV, apartado 16, del Estatuto de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, aprobado por Orden de 28 de septiembre de 1934 que ha sido ya citado y transcrito en notas anteriores.

(11) Ambos designios, así como la atribución del elevado precio de los medicamentos y de la insuficiente satisfacción de las necesidades más elementales de los profesionales del sector al modelo de libre establecimiento, aparecían claramente en la Exposición de Motivos, en cuyo párrafo tercero podía leerse lo siguiente: «Es cierto que la libre concurrencia base de la industria y del

En apariencia, el nuevo régimen de limitación obedecía así pues al doble designio de reducir el gasto farmacéutico y de mejorar las condiciones de los profesionales del sector. Las anteriores son al menos las únicas razones confesadas en la reforma normativa. No es ocioso observar, en todo caso, que estas justificaciones han sido objeto de juicios doctrinales dispares, aunque a mi juicio no necesariamente contradictorios ni incompatibles. Así por ejemplo, se ha sostenido que, en efecto, la limitación del número de farmacias en España tiene que ver con la difusión del modelo de asistencia sanitaria socializada, inserto en el denominado Estado del Bienestar, y con la asunción por la Administración de parte del coste farmacéutico que aquél trajo consigo. En ese escenario, y como medida para contener el gasto público en materia de medicamentos, se optó por someterlos a un régimen de precios autorizados, presentándose la restricción del número de farmacias a modo de fórmula en cierta manera compensatoria por la reducción de los ingresos derivada de esa limitación en el precio del producto (12). Un sector significativo de la doctrina ha cuestionado en cambio que en el fondo del sistema de limitación de las farmacias hubiese una razón tan «legítima», al considerar que el Decreto de 24 de enero de 1941 ocultaba en realidad una norma de corte corporativista cuya razón de ser real era privilegiar los intereses económicos de los farmacéuticos ya establecidos, garantizándoles unos elevados niveles de rentabilidad a costa de limitar o dificultar la incorporación de otros profesionales al mercado y, por ende, de reducir la competencia en el sector (13).

---

comercio del pasado siglo, atraviesa una crisis aguda, libertad que en algún tiempo produjo beneficio, hoy produce un notable encarecimiento de las mercancías y, a la par, no satisface las necesidades más elementales del profesional, planteando un grave problema social y otro de sentido moral de los profesionales farmacéuticos de los que se deducirá un gran beneficio para la salud pública».

(12) Véase en ese sentido la exposición de Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia*, en «Derecho y Salud» núm. 2, 1995, págs. 149-150.

(13) En efecto, el tono de deliberada desconfianza que se usa en el texto hacia la consideración del coste farmacéutico y la elevación de las condiciones profesionales de los farmacéuticos como auténticos objetivos de la implantación del régimen de limitación de apertura se debe a la circunstancia de que un sector significativo de la doctrina ha coincidido en estimar que, más allá de la justificación declarada en la Exposición de Motivos del Decreto de 24 de enero de 1941, la verdadera razón de ser de la reforma fue ni más ni menos que privilegiar al colectivo de los farmacéuticos ya establecidos entregándoles la gestión de una actividad sin duda altamente lucrativa, en detrimento o perjuicio del resto de profesionales titulados, los cuales veían reducidas sus posibilidades de dedicarse al comercio al menor de medicamentos. Entre los numerosos autores que han visto en el Decreto de 24 de enero de 1941 una norma que podríamos calificar de corporativista y protectora de los intereses de los farmacéuticos con botica abierta, cabe destacar las aportaciones de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Nueva ordenación de oficinas de farmacia*, ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1978, pág. 37; y José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia*, ed. Trivium, Madrid, 1992, págs. 9-10.

Sea cual fuere la finalidad efectivamente perseguida con la restricción del número de farmacias, lo cierto es que a partir del tan repetido Decreto de 24 de enero de 1941 el modelo intervencionista ha sido una constante en la normativa farmacéutica posterior que, de hecho, se ha limitado a consolidarlo a la vez que a depurarlo hasta llegar a nuestros días. Un paso importante en ese proceso de refuerzo de la intervención administrativa tuvo lugar con la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases para la organización de la sanidad, en cuya Base 16, relativa a la los «Servicios farmacéuticos», se reafirmó el sistema de limitación de establecimiento y, al mismo tiempo, se puso fin al modelo de libre transmisibilidad o venta de las oficinas de farmacia (14). Al amparo de la mencionada Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases para la organización de la sanidad, se procedió a la modificación del régimen jurídico diseñado por el Decreto de 24 de enero de 1941 y su normativa complementaria (15). La norma cabecera de la nueva regulación fue

---

(14) El párrafo noveno de la indicada Base 16 establecía exactamente lo siguiente: «Queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, incluso con las amortizaciones que se crean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad. El traspaso o venta de las oficinas de farmacia se efectuará en las condiciones que se determinen por la Dirección General de Sanidad en el oportuno reglamento. La Dirección General de Sanidad determinará, en el plazo de dos meses, las condiciones de venta y traspaso de las farmacias, y en su adjudicación se reconocerá derecho preferente a los farmacéuticos que tuvieran el título con anterioridad al año 1941 y a aquellos que en dicho año hubieran aprobado alguna asignatura de la carrera».

Nótese cómo la Base 16, parcialmente transcrita en el párrafo precedente, no se limita a ordenar que se condicione la transmisibilidad y venta de farmacias y a confirmar la restricción del número máximo de farmacias, sino que llega incluso a legitimar la amortización o cierre de algunas de ellas si se llega a considerar preciso.

(15) Entre las normas que se dictaron para complementar la regulación contenida en el Decreto de 24 de enero de 1941 cabe destacar, sin ánimo de exhaustividad, la Orden de 20 de noviembre de 1941, de aclaración de preceptos de aquel Decreto en materia de traslados de oficinas de farmacia. Merece asimismo una mención específica la Orden de 31 de julio de 1951, por la que se dictan normas para la apertura de Farmacias una vez publicado el censo de 1950 y que, como extremo digno de ser remarcado, introdujo un orden de preferencia entre los solicitantes de licencias de apertura de nuevas farmacias. Esta última Orden de 31 de julio de 1951 motivó a su vez la emanación de varias Órdenes aclaratorias de su contenido. Así, la Orden de 23 de enero de 1952 se dictó con el fin de aclarar el censo de población aplicable al otorgamiento de autorizaciones de apertura; y la Orden de 28 de enero del mismo año 1952 aclaró los criterios de preferencia entre los solicitantes. Por último, como norma directamente complementaria del Decreto de 24 de enero de 1941, no debe ser olvidada la Orden de 24 de diciembre de 1956, de capital importancia a efectos de determinar el número máximo de farmacias abiertas al público, en la medida en que disponía que a tales efectos debía estarse a la cifra máxima de habitantes que figurase en el censo de la población correspondiente; referencia a las cifras de población «oficial» arrojadas por el censo que será una constante en la normativa posterior y que incluso hoy en día se recoge con carácter básico en el art. 2.5 LSOF, el cual alude al Padrón Municipal que, como es de sobra conocido, sirve de base a la conformación del Censo.

el Decreto de 31 de mayo de 1957, sobre establecimiento de nuevas farmacias (16), el cual se mostraba claramente tributario de los planteamientos de su predecesor Decreto de 1941, en tanto en cuanto mantenía el condicionamiento del otorgamiento de la preceptiva autorización a la concurrencia de determinados mínimos poblacionales y de distancia, si bien se alteraron los módulos correspondientes (17). El Decreto de 31 de mayo de 1957 aportó también, por otra parte, algunas novedades, entre las que cabe subrayar la introducción de la caducidad de las autorizaciones en caso de no apertura en un determinado plazo posterior a la autorización (18) y en caso de cierre de la farmacia por un período de dos años (19). En fin, el régimen jurídico

---

(16) Para un estudio del régimen de autorización de apertura de oficinas de farmacia configurado por el mencionado Decreto de 31 de mayo de 1957, véase el estudio de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, en «Revista de Administración Pública» núm. 24, mayo-agosto de 1958, en particular, págs. 133-146.

(17) Se disponía en su art. 1 que las distancias mínimas entre farmacias debían ser de 225 metros en Municipios de más de 100.000 habitantes, de 175 metros en los Municipios con una población comprendida entre los 50.000 y los 100.000 habitantes y, en fin, de 150 metros en los Municipios menores de 50.000 habitantes. En cuanto a la población mínima por farmacia abierta al público, el mismo precepto establecía un cupo de 4.000 habitantes o fracción superior a 1.000.

Interesa destacar que el art. 5 del propio Decreto excepcionaba la exigencia de los parámetros que acaban de quedar apuntados en el párrafo precedente. En concreto, con arreglo al antedicho art. 5 quedaban exceptuados de los requisitos definidos en el art. 1 los siguientes casos:

- a) Los traslados forzosos de local por causa no imputable al titular de la farmacia; traslados forzosos que se regularon por Orden de 23 de junio de 1961.
- b) La apertura de nuevas farmacias en los Municipios de población inferior a 50.000 habitantes, cuando la nueva farmacia estuviera a distancia no inferior a 500 metros de la más cercana de las ya establecidas y quedase con su instalación más satisfactoriamente atendido, por su proximidad o mayores facilidades de comunicación, un núcleo de la localidad de que se tratase, que agrupase al menos 2.000 habitantes.
- c) Apertura de nueva farmacia en un Municipio de las mismas características descritas en el párrafo anterior, a nombre de un Inspector municipal farmacéutico del Ayuntamiento correspondiente, cuando al ser nombrado éste el cupo estuviese cubierto o no fuese posible el emplazamiento de la farmacia del nuevo titular guardando la distancia mínima de 150 metros señalada para estos Municipios.
- d) La reapertura de farmacia que hubiere permanecido cerrada durante más de tres meses y menos de dos años.

(18) La caducidad por no apertura de la oficina de farmacia autorizada se regulaba — conviene precisar que sin hacer mención expresa a la institución de la caducidad— en el art. 3 del Decreto de 31 de mayo de 1957. Dicho precepto establecía que una vez otorgada la autorización la oficina de farmacia debía ser efectivamente abierta al público en un plazo de seis meses, prorrogable por tres más en determinadas circunstancias; y el apartado 2 disponía que el incumplimiento de ese deber de apertura dentro de plazo «implicará la pérdida de todos los derechos que la autorización concedida hubiera podido conferir al solicitante».

(19) El art. 6.1 del Decreto de 31 de mayo de 1957 disponía literalmente que «si por cualquier causa se cerrase una farmacia, permaneciendo en tal situación durante dos años, se considerará caducada la autorización de funcionamiento de la misma».

de las farmacias en el momento histórico al que me estoy refiriendo se completaba con una serie de Órdenes de desarrollo, que venían a aclarar o complementar al Decreto de 31 de mayo de 1957 en diversos extremos como, dicho sea a modo de simple ejemplo, los criterios de medición de distancias entre farmacias (20), el régimen de traslados de local (21) o, en fin, los derechos hereditarios en la materia (22).

Finalmente, el último paso en la conformación del régimen jurídico de las farmacias anterior a la regulación vigente en la actualidad, y en el que vuelven a quedar patentes tanto el espíritu intervencionista y limitador de la apertura de nuevas farmacias, como los planteamientos proteccionistas de los profesionales ya establecidos, lo constituye el fundamental RD 909/1978, de 14 de abril, regulador del establecimiento, transmisión e integración de Oficinas de Farmacia. Esta norma constituye sin duda una regulación más completa y más precisa que sus predecesoras de 1941 y 1957, en la medida en que aglutinó y dispensó un tratamiento unitario, amén de más detallado, a los diversos aspectos que hasta el momento se regulaban de manera dispersa en Órdenes ministeriales (23), al tiempo que introdujo una reglamentación origi-

---

(20) En materia de medición de las distancias que debían respetar las nuevas farmacias con las preexistentes, el art. 1.3 del propio Decreto de 31 de mayo de 1956 preceptuaba que «la medición de la distancia habrá de efectuarse por el camino vial más corto, sin deducción alguna, y se hará por el eje de la calle o camino». En desarrollo, o con el objeto de aclarar dichos parámetros, se dictó la Orden de 1 de agosto de 1959, de normas para la medición de distancias para la instalación de oficinas de farmacia.

(21) La cuestión de los traslados de boticas era objeto de una atención secundaria o marginal por parte del Decreto de 31 de mayo de 1957. En concreto contenía sólo dos breves alusiones. La primera de ellas, en el art. 5.1-a), por la que se eximía del cumplimiento de los cupos de población y de las distancias mínimas a los traslados forzosos de local por causa no imputable al titular de la farmacia. Y la segunda de las previsiones acerca del traslado se contenía en la Disposición Final, con arreglo a la cual se eximía de obtener nueva autorización a las farmacias «adquiridas por cesión, traspaso o cualquier título contractual, que ya existieran en 24 de enero de 1941, las autorizadas después de dicha fecha y las que en lo sucesivo se autoricen». Es obvio que la lacónica referencia a la exención de los requisitos generales de población y de distancias mínimas para los casos de traslado forzoso de las oficinas de farmacia requería una mayor precisión normativa, y con tal objeto se dictó la Orden de 23 de junio de 1961, sobre traslado forzoso de locales de farmacia.

(22) Al igual que sucedía con los traslados, a que se ha hecho referencia en la nota anterior, en el Decreto de 31 de mayo de 1957 el tema de los derechos sucesorios en materia de farmacias era tratado también de una manera tangencial, si bien hay que tener en cuenta que venía siendo habitual que los Estatutos de los Colegios de Farmacéuticos contuvieran algunas indicaciones sobre el mismo. En todo caso, la escueta atención prestada por el Decreto de 1957 se completó con la Orden de 16 de julio de 1959, sobre derechos de los herederos a continuar con la farmacia abierta.

(23) El espíritu de dar un tratamiento normativo unitario al régimen jurídico de las farmacias se puso de manifiesto incluso en el desarrollo posterior dado al Decreto 909/1979, de 14 de abril.



naria sobre aspectos que con anterioridad no habían sido objeto de atención. En esencia, merece la pena destacar que el RD 909/1978 mantuvo la limitación a la apertura de nuevas oficinas de farmacia sobre la base de la exigencia de módulos de población y de distancia (24); definió unos requisitos mínimos para los locales de farmacia (25); y, en fin, reguló con cierto determinismo el traslado (26) y la transmisión, tanto *inter vivos* (27) como *mortis causa* (28). Por otra parte, y fuera ya de lo que en términos estrictos podría-

---

En concreto, y al contrario de lo que sucedió con los Decretos de 24 de enero de 1941 y de 31 de mayo de 1957, que fueron objeto de un desarrollo disperso en una multiplicidad de Órdenes, este Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, fue objeto de un desarrollo general a través de dos Órdenes, una de 21 de noviembre de 1979, y otra de 17 de enero de 1980, sobre funciones y servicios de las Oficinas de Farmacia.

(24) La población y las distancias mínimas que debían separar las farmacias se establecían en el art. 3 del Real Decreto 909/1978. En cuanto a la población, se fijaba un cupo máximo de una farmacia por cada 4.000 habitantes, si bien dicha cantidad se exceptuaba ante la concurrencia de determinadas circunstancias, a saber: *a)* si en un Municipio el número de farmacias no se acomodaba, por exceso, a esa proporción de una por cada 4.000 habitantes, se permitía la instalación de una nueva farmacia por cada incremento de población de 5.000 habitantes; *b)* si la oficina que se pretendiera instalar hubiera de atender a un núcleo de población de al menos 2.000 habitantes; *c)* en los Municipios resultantes de concentración o fusión con otros anteriores, y cuyo censo resultante fuese inferior a 12.000 habitantes y no formasen un casco urbano único, debían computarse únicamente los habitantes del núcleo donde ya se encontrase abierta una farmacia y de aquellos otros núcleos situados a una distancia no superior a 3 km de aquél.

Por cuanto se refiere a la distancia mínima entre farmacias, el propio art. 3.2 del RD 909/1978 la fijaba en 250 metros, o bien en «500 o más metros» en el caso de que la farmacia para cuya apertura se solicitase la autorización hubiese de prestar la atención farmacéutica a un núcleo de población de más de 2.000 habitantes.

(25) Los requisitos que habían de reunir los locales para que en ellos se pudiese proceder al establecimiento de nuevas farmacias eran los siguientes (art. 2 RD 909/1978): *a)* tener acceso libre, directo y permanente a una vía pública; *b)* tener una superficie mínima, en una o más plantas, de al menos 60 metros cuadrados; y *c)* que la distribución y los requisitos de sus instalaciones y servicios se ajustaran a las normas establecidas al respecto por la Dirección General de Ordenación Farmacéutica, previo informe del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos.

(26) Con respecto a los traslados, el art. 7 distinguía entre traslados forzosos y voluntarios, y los sometía a ambos a autorización que debía ser otorgada con carácter reglado siempre que el nuevo local reuniese los requisitos generales señalados en notas anteriores y que se respetasen las distancias mínimas con otras boticas.

(27) Las reglas esenciales establecidas en el art. 5 RD 909/1978, de 14 de abril, en materia de cesión, traspaso, o venta de farmacia eran las tres siguientes: *a)* sólo era posible el traspaso a otro farmacéutico; *b)* la farmacia debía llevar abierta al público un mínimo de seis años; *c)* si la oficina que se pretendía traspasar distaba de otras farmacias menos de 250 metros, se reconocía a los farmacéuticos colindantes un derecho de adquisición preferente o de tanteo, siempre que la adquisición de la botica por su parte tuviera por objeto proceder a la clausura o amortización de la misma.

(28) La transmisión por causa de muerte en materia de farmacias se regulaban en el art. 6 RD 909/1978, de 14 de abril. El aludido precepto disponía que si el heredero era titulado en farmacia o si el cónyuge o hijos del farmacéutico fallecido estaban estudiando la carrera de farma-

mos calificar como intervención administrativa, cabe observar cómo el Real Decreto al que se dedica el presente análisis concretó las funciones de los Colegios Provinciales de Farmacéuticos en el procedimiento autorizador, ampliándolas con respecto a las que les reconocía la normativa previa. En tal sentido, además de otorgarles la competencia instructora, que ya les correspondía en virtud del Decreto de 31 de mayo de 1957, les asignó la formulación de la propuesta de resolución (29); atribución ésta que en la práctica no fue sino el preludeo de la posterior delegación a los propios Colegios del ejercicio de la función resolutoria de determinados expedientes (30).

Los contenidos del RD 909/1978, de 14 de abril, han servido, en fin, de fuente principal de inspiración del régimen vigente en la actualidad sobre ordenación farmacéutica. En efecto, tanto la Ley básica estatal como la generalidad de las normativas autonómicas se muestran claramente tributarias de la evolución histórica habida en la materia y, de modo particular, de este Real Decreto de 1978. No en vano, todas las regulaciones en cuestión profundizan en la sujeción de la actividad farmacéutica a una intervención administrativa más o menos intensa pero en todo caso basada en los mismos o similares elementos que el precedente RD 909/1978, esto es: sometimiento a autorización previa con arreglo a cupos de población y distancias mínimas, limitación de la transmisión, condicionamiento del traslado, exigencia de requisitos a cumplir por los locales, etc. En particular, interesa hacer hincapié en que la LSOF ordena con carácter básico que la ordenación territorial de los establecimientos farmacéuticos —función ésta de incumbencia autonómica— deberá hacerse por módulos de población y distancias entre oficinas de farmacia (art. 2.2), si bien deja en manos de cada legislador autonómico la concreción de dichos parámetros.

---

cia, podían seguir al frente de la misma, aunque en este último caso de sucesión por estudiante, caducaba la reserva de la titularidad de la botica si perdían dos cursos de la licenciatura de manera consecutiva o tres de manera alterna. Para el supuesto de que ninguno de los herederos fuese ni farmacéutico ni estudiante de farmacia, el Real Decreto permitía el traspaso a favor de terceros, estableciendo un orden de preferencia entre los distintos posibles adquirentes.

(29) Véase en ese sentido el art. 9 RD 909/1978, el cual atribuía a los Colegios Provinciales de Farmacéuticos el cometido de «tramitar y formular propuestas de resolución» en los expedientes de autorización de apertura de farmacia, de cesión, traspaso o venta a favor de farmacéuticos colindantes a menos de 250 metros de distancia con el objeto de clausurar o amortizar la farmacia traspasada, y en caso de cesión, traspaso o venta por los herederos del farmacéutico titular fallecido.

(30) En efecto, por Resolución de 30 de noviembre de 1978 se facultó a la Dirección General de Ordenación Farmacéutica, titular de la competencia para resolver los procedimientos en la materia, para que delegase en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos la resolución de aquellos expedientes respecto de los cuales ya les correspondía formular la propuesta de resolución en virtud del art. 9.1 del RD 909/1978.

El modelo intervencionista dio lugar a nuevas controversias tras la entrada en vigor de la Constitución, de manera singular acerca de si dicho régimen era compatible con los principios de igualdad, libre ejercicio de profesión u oficio y libertad de empresa, reconocidos respectivamente en los arts. 14, 35 y 38 de la Norma Fundamental. Interesa por ello hacer algunas referencias al antedicho debate sobre la constitucionalidad o no del modelo intervencionista y a cómo el Tribunal Constitucional ha resuelto esta polémica cuestión en una línea legitimadora de los planteamientos legislativos tradicionales en el sector.

## **2. El debate acerca del sometimiento de la actividad farmacéutica a intervención administrativa en el Derecho español interno. En particular, su legitimidad constitucional**

Acaba de señalarse cómo tras la entrada en vigor de la Constitución surgió una interesante controversia —todavía viva en la actualidad— concerniente a la compatibilidad del mantenimiento del modelo de intervención administrativa en materia de farmacias con los principios de igualdad (art. 14 CE), libre ejercicio de profesión u oficio (art. 35 CE) y libertad de empresa (art. 38 CE), consagrados por el Texto Fundamental. El aludido debate se halla planteado en unos términos claros, que dan lugar a dos posturas doctrinales perfectamente definidas y difícilmente conciliables.

Por un lado cabe identificar una línea interpretativa clásica o tradicional, decididamente favorable a los planteamientos limitativos de la libre apertura de oficinas de farmacia. Esta interpretación pivota fundamentalmente en torno a la idea de que si bien la dispensación de medicamentos es configurada por la Ley como una actividad privada o mercantil, la misma reviste un claro interés público que respalda la intervención de la Administración. Más exactamente, se aduce al respecto que la farmacéutica constituye —y en la actualidad es definida de ese modo por el Derecho positivo— una actividad sanitaria privada de interés general, toda vez que de su correcto desarrollo y prestación depende ni más ni menos que un interés tan importante como es la salud pública (31). Desde este

---

(31) No estimo oportuno entrar en este punto del trabajo a lucubrar sobre la cuestión dogmática relativa a la naturaleza jurídica de la actividad farmacéutica. Se trata de un extremo que ha sido estudiado por numerosos autores, y que se debate entre la calificación como «servicio público impropio» o, en la mayoría de las ocasiones, como «actividad privada de interés general». El propio Tribunal Supremo se refiere a la actividad de dispensación de medicamentos con ambas calificaciones de manera indistinta. Así por ejemplo, SSTs de 28 de septiembre de 1983 (RJ 1983/4535), de 30 de septiembre de 1986 (RJ 1986/6109), y de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5248). Esa misma consideración está en fin presente en la propia legislación, de la que la muestra más evidente es el art. 1 LSOF, en el que se define a las oficinas de farmacia como «establecimientos sanitarios privados de interés público».

punto de vista, la sujeción de las oficinas de farmacia a intervención administrativa estaría justificada, por un lado, en la necesidad de que la Administración controle el acceso de los ciudadanos a unos productos —los medicamentos— intrínsecamente peligrosos (32). Y por otra parte, pero en íntima conexión con la afirmación anterior, la razón de ser del intervencionismo en el sector residiría en la necesidad de garantizar un correcto abastecimiento de medicamentos a la totalidad de la población y en cualquier lugar del territorio nacional. La restricción del número de farmacias serviría así para evitar los eventuales desequilibrios territoriales a que podría conducir un régimen de libre apertura, el cual podría dar lugar a una situación de concentración de farmacias en las zonas económicamente más rentables, en perjuicio de las zonas rurales, que podrían llegar a quedar en situación de real desatención (33).

---

(32) Véase en ese sentido los clásicos estudios de Alejandro NIETO: *La Ley alemana de Farmacia de 28 de agosto de 1960*, RAP nº 35, mayo-agosto de 1961, págs. 361 y sgs; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Acción administrativa sanitaria...cit*, p. 129; y Luis MARTÍNEZ CALCERRADA: *Interpretación jurisprudencial de la legislación habilitante del número de farmacias*, en «Actualidad Administrativa» 12/1990, págs. 135 y sgs. No me resisto a transcribir las palabras del primero de los autores citados, las cuales reflejan a la perfección la que a su juicio es la razón de ser principal —aunque no exclusiva— del necesario sometimiento de la actividad farmacéutica a un régimen de intervencionismo administrativo: «No es un azar que durante siglos haya existido y exista en todos los países civilizados una fuerte intervención administrativa sobre farmacias y boticarios. Un Estado liberal puede abstenerse de intervenir y controlar el comercio de mercaderías ordinarias; nunca dejará de hacerlo en las farmacias, ya que la salud pública está en juego. El producto farmacéutico es tan importante como la actividad del médico: es su complemento. La existencia del uno sin la otra es inimaginable. Y por lo mismo que el ejercicio de la medicina ha estado y estará siempre estrechamente controlado por la Administración, también ha de estarlo la farmacéutica. No se trata solamente (aunque ya fuera por sí sólo bastante) de que haya medicinas peligrosas, cuyo tráfico debe regularse, o que el uso indebido o imprudente de la mayoría puede ser perjudicial, si no aparece rodeado de las mayores garantías. La realidad es que fuera del mundo de la farmacopea hay numerosas sustancias peligrosas y aun mortales: el presunto suicida no precisa necesariamente del recurso al veronal para quitarse la vida mientras haya azoteas elevadas, cuya utilización a tales fines nunca podrá evitarse; como tampoco es la morfina el único vicio que perjudica al organismo. Lo que caracteriza la especialidad farmacéutica no es la peligrosidad potencial de sus productos, sino el que esta peligrosidad forme parte de su propia naturaleza y destino. Esto tiene de común con la industria de las armas de fuego: puede matarse con veronal o con un raticida, con un martillo o con una pistola, pero siempre estará libre el tráfico de raticidas y martillos, y regulado el de pistolas y veronal, porque la peligrosidad de éstas es directa, radica en su misma esencia y fin, mientras que la de aquéllas es únicamente potencial, como desviación de su uso primario».

(33) Sobre la necesidad de garantizar una correcta atención farmacéutica al conjunto de la población con independencia del lugar o ubicación, como argumento a favor de un sistema de limitación o intervención administrativa en materia de farmacias, ha hecho hincapié Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *La constitucionalidad de la legislación sobre establecimientos farmacéuticos*, en «Revista de Administración Pública» nº 39, octubre-diciembre de 1983, pág. 596 y, más recientemente, en su trabajo: *El futuro de la oficina de farmacia*, en «Derecho y Salud» vol. 5/2, julio-diciembre de 1997, págs. 147 y sgs. En fechas más próximas ha incidido en esta consideración Francisca VILLALBA PÉREZ:

Frente a la postura a que acaba de hacerse referencia, hay que referirse a una segunda posición doctrinal que se muestra crítica con el régimen intervencionista habitual en nuestro Derecho farmacéutico de las últimas siete décadas y que, en lógica coherencia con sus postulados, aboga por la articulación de un modelo liberalizador del sector. Los argumentos aportados por los numerosos autores que se han posicionado en esta línea de entendimiento son variados. Así por ejemplo, se ha señalado que la justificación del sistema de limitación de apertura que caracteriza al Derecho farmacéutico español en el propósito de asegurar una mejor asistencia sanitaria a los ciudadanos no es en realidad sino una excusa para disfrazar su verdadera razón de ser, que no es otra que la protección de los intereses particulares de los boticarios ya establecidos frente a los licenciados que aspiran a abrir nuevas farmacias (34). Para reforzar esta última idea, los autores han hecho hincapié en la afirmación según la cual el sometimiento a intervención administrativa, y en particular la restricción del número de farmacias, no son indispensables para garantizar una correcta distribución y dispensación de los medicamentos a la ciudadanía (35), y que dicho objetivo se vería igualmente satisfecho mediante un sistema de libertad de establecimiento, sin perjuicio de que la Administración mantuviera su intervención a través de las técnicas tradicionales de limitación o policía (sujeción a autorización previa en un régimen de *numerus apertus*, regulación de la actividad, ejercicio de potestades de inspección o control y, como consecuencia de éstas, definición de un régimen sancionador, etc.) (36). Del mismo modo, se ha sostenido que la

---

*La profesión farmacéutica*, ed. Marial Pons, Madrid, 1997, págs. 105 y sgs, quien denuncia que «la oficina de farmacia en el medio rural esta sumida en un completo abandono por parte de los organismos oficiales».

(34) *Vid.* en ese sentido, entre otros varios, a José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento... cit*, págs. 9-10; y a Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia... cit*, pág. 152.

(35) En relación con la virtualidad del modelo de limitación del número de farmacias, se ha señalado igualmente que el mismo no es un elemento necesario para asegurar una rentabilidad mínima de las farmacias abiertas al público, sino que dicha rentabilidad depende más bien del precio del producto, es decir, del precio del medicamento, así como del nivel de vida y del Producto Interior Bruto de cada país. Sobre esta idea incide Ramón MARTÍN MATEO: *La Ordenación de las oficinas de farmacia... cit*, pp. 151-152, quien sobre la base de datos estadísticos explica cómo las farmacias no son precisamente más rentables en los países en los que existe un régimen de limitación que en aquellos con un modelo liberalizado como por ejemplo Gran Bretaña y Alemania.

(36) Véase al respecto a Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA y PÉREZ: *¿Cómo, cuándo y dónde se abre una farmacia?*, ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 29-30 y a Miriam CUETO PÉREZ: *Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997, págs. 55-57, autores ambos que abogan por un sistema de *numerus apertus* en el que, a fin de garantizar una correcta dispensación de los medicamentos, la actividad farmacéutica se someta a las potestades de policía o de limitación administrativa, y en la que la Administración lleve a cabo intervenciones puntuales en las zonas en que la iniciativa privada no cubra las necesidades de la pobla-

implantación de un régimen de liberalización es una exigencia derivada del propio ordenamiento jurídico español (37), aunque este último planteamiento ha sido rechazado por la jurisprudencia (38).

En cualquier caso, el fundamento que ha servido de sostén principal a la doctrina contraria a la limitación de las oficinas de farmacia, y que es lugar común de todos sus defensores, es sin duda la ya indicada consideración de que la misma resulta discordante con los principios constitucionales de igualdad, libre elección de profesión u oficio, y libertad de empresa. La argumentación dada a favor de esta interpretación puede sintetizarse en tres ideas diversas (39). Por un lado, el quebranto del principio de libertad de empresa derivaría del hecho de que, al limitarse el número máximo de farmacias se está impidiendo *de facto* a un importante colectivo de licenciados la creación o apertura de su propia oficina de farmacia. Asimismo, y puesto que se cierra a dichos facultativos la posibilidad de desempeñar la que posiblemente es la más genuina dedicación de un farmacéutico, todo ello con base en criterios objetivos ajenos a ellos y no a parámetros subje-

---

ción, por no ser rentable la apertura de una botica. En cualquier caso, la autora citada señala que en el actual contexto empresarial y laboral es difícilmente imaginable que ningún licenciado esté dispuesto a abrir una farmacia en los municipios de población reducida.

(37) José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento...cit*, págs. 44-48, afirmó que la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, introdujo una serie de principios con los que el régimen de limitación en la apertura de oficinas de farmacia era difícilmente compatible. Los principios en cuestión son los siguientes:

- a) La configuración de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios vinculados al Sistema Nacional de Salud (art. 97 LM), unido al hecho de que la Ley General de Sanidad reconozca el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias conforme a los artículos 35 y 38 de la Constitución, y que el art. 89 consagre la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 CE.
- b) El principio de continuidad en la prestación del servicio farmacéutico (art. 3 LM).
- c) El principio de sujeción a previa licencia de la actividad de venta de medicamentos y a control técnico sanitario de los establecimientos (arts. 3, 78, 79 y 87).
- d) El principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado, conforme al que se reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendientes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias (art. 93.1 LM).

(38) En efecto, esta posible interpretación según la cual la Ley General de Sanidad y la Ley del Medicamento supusieron el fin o la abolición de la limitación en el número de farmacias fue expresamente rechazada por el Tribunal Supremo, concretamente en sus Sentencias de 11 de noviembre de 1995, y de 25 de enero de 1996 (RJ 1996/425).

(39) Para una detenida exposición y una más detallada argumentación sobre este particular, véanse los trabajos de José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento... cit*, págs. 31 y sgs. y 51-52; y, en fechas más recientes, Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE: *La propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia: su reforma a la luz del interés público*, en «Derecho y Salud» núm. 5, 1997, págs. 181 y sgs.

tivos de capacitación o aptitud profesional, se estaría negando la posibilidad de elegir libremente su profesión u oficio, vulnerando además el principio de igualdad (40). Y en fin, en íntima conexión con las dos afirmaciones precedentes, la discordancia con el principio de igualdad vendría a su vez ocasionada por la circunstancia de que el modelo de intervención vigente opera como un modo de protección de los farmacéuticos que ya cuentan con farmacia abierta, a costa o en perjuicio de los facultativos con aspiraciones de abrirla (41).

El debate acerca de la restricción de la apertura de las oficinas de farmacia no se ha quedado empero en el terreno doctrinal, sino que ha tenido su correspondiente reflejo jurisprudencial. En efecto, ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo se han mantenido al margen de la polémica que

---

(40) Me parece de sumo interés precisar y aclarar la afirmación hecha en el texto según la cual los principios de igualdad y de libre elección de profesión u oficio se entenderían vulnerados no tanto por el hecho de que se impida a los titulados la posibilidad de elegir la gerencia de una oficina de farmacia como forma de vida, cuanto por la circunstancia de que el acceso a la titularidad de una farmacia no dependa de sus mayores o menores aptitudes como profesionales farmacéuticos, sino de datos objetivos ajenos a su persona, tales como la población o las distancias. Básicamente, conviene subrayar que en esta lectura de los dos principios constitucionales aludidos y en su aplicación al ámbito de la apertura de farmacias ha sido fundamental la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 11 de junio de 1958, relativa precisamente a la ordenación de las farmacias en la entonces República Federal de Alemania, donde fue formulada sin ambages, y en la que se consagró la idea de que el legislador no es libre de someter el acceso a una profesión a los condicionamientos que considere más oportunos, sino que hay que distinguir aquellas exigencias relativas a una determinada formación de la capacidad individual (presupuestos subjetivos) —las cuales pueden reputarse legítimas—, y aquellas condiciones que son ajenas o independientes de las cualidades personales del solicitante (presupuestos objetivos) —que son por ende inconstitucionales—. Para un comentario de esta Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, véase el trabajo ya citado de Alejandro NIETO: *La Ley alemana... cit*, págs. 379-380, del que extraigo la exposición hecha en este lugar.

(41) Al afirmar que el régimen de apertura de farmacias vigente en España vulnera el principio de igualdad en la medida en que protege a los farmacéuticos que ya son titulares de una farmacia, a costa de los licenciados que aspiran a acceder a esa titularidad, los defensores de la liberalización del sector se están haciendo eco de una línea de entendimiento plenamente asumida y consolidada en la doctrina española. En efecto, hace ya más de cuatro décadas que, entre nosotros, Rafael ENTRENA CUESTA: *El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública» n.º 37, enero-abril de 1962, pág. 74, hacía referencia a la doctrina del *beatí possidentes*, originariamente acuñada por el autor francés SAVATIER (*Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, París, 1952), según la cual era contrario al principio de igualdad la protección legal de quienes desarrollan una determinada actividad en perjuicio de los aspirantes a ejercerla. Y ENTRENA CUESTA terminaba afirmando que «muchos ejemplos podrán citarse en este punto y, entre ellos, quizás pocos tan notorios como el que suponen las limitaciones para la apertura de las farmacias», conclusión ésta que con posterioridad ha sido recogida por numerosos estudiosos de la ordenación jurídica de las farmacias en España.

nos ocupa, sino que, por el contrario, ambos han tenido la ocasión de pronunciarse sobre la legitimidad del sistema, y han coincidido en declarar la legitimidad jurídica y constitucional del mismo. En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene proclamado en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio —cuyos planteamientos han sido posteriormente reiterados por otros pronunciamientos (42)— que la Constitución admite tanto un sistema de libertad de establecimiento como un modelo de apertura intervenida y limitada de farmacias, de modo que el régimen vigente es perfectamente legítimo y no vulnera principio constitucional alguno (43). Entrando más al fondo de los razonamientos del intérprete supremo de la Constitución, y con relación en primer lugar al principio de igualdad, caber subrayar cómo ha sentado que en absoluto afecta a dicho principio la circunstancia de que los titulados que quieran ejercer su profesión como titulares de una farmacia hayan de contar con los medios propios para instalarla.

Por cuanto se refiere a la eventual vulneración del principio de libertad de empresa, tradicionalmente el Tribunal Constitucional le ha otorgado un contenido esencial en el que está integrado «el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por lo tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» (44). Partiendo de la anterior configuración, y en lo que concierne de manera específica a la apertura de farmacias, el Tribunal ha realizado no obstante dos matizaciones diversas que le conducen a reconocer la legitimidad del modelo de *numerus clausus*. Por una parte afirma que el principio de libertad de empresa no equivale al «reco-

---

(42) Obviamente, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno al contenido y alcance de los principios de igualdad, libre elección de profesión u oficio y libertad de empresa son muy numerosos, siendo de especial interés a los efectos del presente estudio aquéllos relativos a la apertura y, en general, al régimen de los establecimientos comerciales. Sin ningún ánimo de exhaustividad pueden citarse al respecto las SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 17/1990, de 7 de febrero; 225/1993, de 8 de julio; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; o 127/1994, de 5 de mayo. En cualquier caso la compatibilidad del régimen de intervención en materia de farmacias con los aludidos principios constitucionales ha sido objeto de pronunciamientos específicos por parte del Tribunal, pronunciamientos que son evidentemente los que se toman como referencia en esta exposición. Se trata de las SSTC 83/1984, de 17 de julio, 109/2003, de 5 de junio; y 124/2003, de 19 de junio. Especial interés reviste la segunda de las Sentencias mencionadas, toda vez que en ella se lleva a cabo un recorrido por la jurisprudencia del TC recaída en la materia con anterioridad.

(43) Al hilo de esta afirmación contenida en la STC 83/1984, de 17 de julio, ha afirmado Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia...cit*, pág. 156, que «el Tribunal español no ha dado muestras de arrojo social ni de brillantez jurídica».

(44) Tomo la cita del Fundamento Jurídico 3-B) de la STC 225/1993, de 8 de julio, ya mencionada.



nocimiento de un derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad profesional, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden». Y en relación con ello concluye que la libertad de empresa no es un principio absoluto, y que su vigencia «no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado». Es decir, la libertad de empresa admite limitaciones al acceso al mercado, siempre que las mismas sean «proporcionadas a la finalidad de interés público a la que obedezcan», limitaciones que en el caso de las farmacias «encuentran aún mayor sustento por el hecho de que las oficinas de farmacia han sido configuradas por el legislador como “establecimientos sanitarios privados de interés público”, pues esta dimensión pública justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico de acuerdo con las peculiaridades territoriales, siempre que resulten proporcionadas» (45).

Un argumento similar al aducido a favor de la compatibilidad de la restricción del número de farmacias con el principio de libertad de empresa es el que lleva al Tribunal Constitucional a consagrar la avenencia entre aquella restricción y el principio de libre elección de profesión u oficio consagrado en el art. 35.1 CE. En este punto, el Tribunal parte de la distinción entre «elección de profesión» y «ejercicio de la profesión u oficio», para precisar que «el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 [de la CE] no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio» (46). A partir de la indicada diferenciación —que ha sido criticada y tildada de «relativa» por la doctrina (47)— el TC proclama la imposibilidad de que el legislador limite o condicione la libre elección de profesión u oficio pero, sin embargo, reconoce a los poderes públicos una facultad de intervención sobre el ejercicio de determinadas actividades —entre las que incluye la farmacéutica—, sometiéndolas a autorización o licencia administrativa previa, o a la superación de pruebas de aptitud, siempre y cuando dichas medidas se reputen necesarias para la protección de los intereses gene-

---

(45) Tomo las citas del Fundamento Jurídico 15 de la STC 109/2003, de 5 de junio, que a su vez sigue la línea interpretativa previamente marcada por las SSTC 83/1984, de 24 de julio; 17/1990, de 7 de febrero; y 127/1994, de 5 de mayo.

(46) STC 83/1984, de 24 de julio, FJ Tercero.

(47) En ese sentido, Leopoldo TOLIVAR ALAS: *La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio*, en el libro colectivo: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, ed. Civitas, Madrid, 1991, vol. II, págs. 1.349-1.355; páginas en las que el autor estudia el alcance dado por el Tribunal Constitucional al derecho a la libre elección de profesión u oficio, precisamente en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio, relativa a la ordenación farmacéutica.

rales (48). No es éste, con todo, el único argumento que lleva al Tribunal Constitucional a admitir la aludida legitimidad del modelo de *numerus clausus*. Por el contrario, el Tribunal aduce también un razonamiento tan sencillo como es afirmar que no se produce quebranto del principio de libre elección de profesión u oficio por la sencilla razón de que regentar una botica es sólo una de las múltiples salidas profesionales de las que disponen los licenciados en farmacia, los cuales pueden por ende ejercer su profesión desarrollando otro tipo de ocupaciones (49).

Como señalaba, también el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el extremo que me ocupa en un sentido favorable a la legitimidad de la restricción del número de farmacias. Para ello ha desplegado un abanico de razonamientos que, en esencia, no son sino la asunción por su parte de los fundamentos aducidos por la doctrina científica en defensa de esta tesis, motivo por el cual no es menester abundar de nuevo en la exposición de los mismos (50). Ello no obstante, el Alto Órgano Jurisdiccional ha hecho gala de unos planteamientos moderados, al afirmar que, sin perjuicio de la aludida coherencia

---

(48) Véase en ese sentido el FJ 3 de la STC 83/1984, de 24 de julio; y el FJ 14 de la STC 109/2003, de 5 de junio.

La argumentación del Tribunal Constitucional en este punto merece a mi juicio una observación adicional. Y es que en principio la doctrina sentada en los pronunciamientos antedichos se refiere exclusivamente a la posibilidad de condicionar el ejercicio de la profesión a la obtención de autorización administrativa previa, o a la superación de pruebas de aptitud. Nótese como el Tribunal parece admitir que el acceso al ejercicio de la actividad de dispensación de medicamentos en oficinas de farmacia pueda someterse a condicionamientos atinentes a las capacidades y aptitudes del sujeto, pero no hace alusión alguna a criterios objetivos o ajenos a las aptitudes individuales de quien aspira a la titularidad de una farmacia. Pese a ello, esa fundamentación conduce al TC a declarar la legitimidad constitucional del modelo de planificación farmacéutica, en el que los parámetros determinantes del otorgamiento de la autorización son ni más ni menos que los cupos de población y las distancias mínimas entre farmacias.

(49) El razonamiento apuntado en el texto fue aportado originariamente, con la misma sencillez en su planteamiento, por el Tribunal Constitucional en su Auto 158/1992, de 28 de mayo, posteriormente recogido por la STC 109/2003, de 5 de junio. En el Fundamento Jurídico Segundo del mencionado ATC, en el que se planteaba precisamente la admisión a trámite de un recurso de amparo por entender que la revocación judicial de una autorización de apertura de oficina de farmacia en la entidad local menor aragonesa de Ontinar del Salz (Municipio de Zuera), puede leerse lo siguiente: «todos los argumentos avanzados por la parte recurrente se apoyan en una identificación entre el ejercicio de la profesión farmacéutica, y el establecimiento de oficinas de farmacia, que no es aceptable. Los farmacéuticos pueden ejercer su profesión de modos distintos a la dispensación al público de medicamentos de uso humano; y también pueden dedicarse a esta última clase de actividad en los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud, y de otros establecimientos legalmente autorizados para ello».

(50) Una síntesis de los planteamientos del Tribunal Supremo en relación con el extremo que me ocupa puede verse, entre otras, en sus Sentencias de 31 de mayo de 1986 (RJ 1986/4479), de 6 de octubre de 1987 (RJ 1987/6729); de 13 de mayo de 1989 (RJ 1989/3708); de 24 de julio de 1990 (RJ 1990/6735); y de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5429).

constitucional de la intervención administrativa característica del sector, los postulados inherentes a los principios de libre ejercicio de profesión u oficio y de libertad de empresa impiden aducir el interés público como soporte de una tesis expansiva de las normas sobre limitación o intervención administrativa sobre la actividad farmacéutica. O lo que es lo mismo, en palabras del propio Tribunal Supremo, los indicados principios constitucionales imponen la necesidad de un entendimiento flexible y liberalizador de la normativa reguladora de la apertura y traslado de oficinas de farmacia. Sirva subrayar, en fin, que de la mano de la antedicha hermenéutica se ha ido consolidando una línea jurisprudencial presidida por un principio pro-apertura en la lectura o interpretación de los parámetros poblacionales y de distancias determinantes del otorgamiento de las autorizaciones (51).

### **III. LA CUESTIONABLE COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE ORDENACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA CON EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO**

#### **1. El cuestionamiento de la adecuación al Derecho comunitario europeo del régimen español de ordenación farmacéutica por parte de la Comisión Europea**

Acaba de exponerse cómo el régimen español de ordenación de las oficinas de farmacia se ha caracterizado por estar en todo momento envuelto en una tan interesante como intensa polémica jurídica, centrada de manera fundamental en la legitimidad y oportunidad del modelo de planificación territorial de las mismas definido por las normas que disciplinan el sector. Puede no obstante advertirse que, tras el posicionamiento del Tribunal Constitucional a favor del indicado régimen de planificación territorial —posicionamiento cuyos términos y argumentos han quedado asimismo apuntados en el apartado precedente—, la controversia acerca de su adecuación al marco constitucional español podía considerarse superada o, cuando menos, consolidada la opción seguida por el legislador español.

En el escenario que acaba de quedar apuntado, el modelo español de planificación de las oficinas de farmacia ha vuelto a ser objeto recientemente de un nuevo embate, originado en esta ocasión por la presentación de numerosas denuncias por incumplimiento del Derecho comunitario, las cuales han

---

(51) Véase una formulación de este principio pro-apertura —también denominado en ocasiones principio *favor libertatis*—, entre muchas otras, en las SSTs de 28 de julio de 1988 (RJ 1988/6549), de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8631), de 21 de julio de 1992 (RJ 1992/6516), de 26 de enero de 1994 (RJ 1994/457), y de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996/2319).

dado pie a la reacción de la Comisión Europea (52). En efecto, en los últimos tiempos la citada institución comunitaria ha cuestionado numerosos extremos de la normativa sobre ordenación farmacéutica de varios Estados miembros; entre ellos España (53), a cuyo Gobierno remitió una carta de emplazamiento

---

(52) Es bien cierto que, como se ha indicado, tras el posicionamiento del Tribunal Constitucional español a favor de la constitucionalidad del régimen de planificación de oficinas de farmacia, cabía entender que desde la perspectiva del Derecho español interno la controversia acerca de la limitación del número de farmacias podía considerarse superada. La anterior circunstancia no supuso sin embargo el fin de la reivindicación de la liberalización del sector, sobre todo por parte de los licenciados en farmacia que no son beneficiarios de una autorización de apertura, los cuales han continuado reclamando en todo momento el establecimiento de un régimen jurídico de libre ejercicio de la profesión de boticario. Surgió así la denominada «Plataforma por el Ejercicio Libre de la Profesión», integrada por licenciados y doctores en farmacia españoles favorables a la libertad de establecimiento de oficinas de farmacia en España. Entre las actividades de la indicada Plataforma destaca, a los efectos del presente trabajo, la presentación de numerosas denuncias al Reino de España ante la Comisión Europea por el supuesto incumplimiento del Derecho comunitario; denuncias éstas que están en el origen de la acción de la Comisión a la que vengo haciendo referencia. La primera de las indicadas denuncias es la número 2001/5261. Con posterioridad al posicionamiento de la Comisión contrario a diversos aspectos de la regulación española sobre ordenación farmacéutica, las denuncias ha continuado presentándose. Es destacable, en tal sentido, la denuncia número 2006/4712-SG/CDC/2006/A/6327. Se trata en este último caso de un conjunto de denuncias de las que la Comisión acusó el correspondiente recibo, que se publicó en el DOUE de fecha 9 de septiembre de 2006, C 218/13.

(53) La acción de la Comisión Europea en orden a cuestionar la adecuación de la normativa sobre oficinas de farmacia al Derecho comunitario no tiene por objeto exclusivo el Derecho español, sino que se refiere o afecta igualmente a otros ordenamientos jurídicos. Al respecto es procedente hacer mención del comunicado de prensa de la propia Comisión Europea, IP/06/858, de fecha 28 de junio de 2006, en el que informa de sendos procedimientos por incumplimiento abiertos contra Italia, Austria y España.

Por lo que se refiere a la República Italiana, el precitado comunicado de prensa informa de que la Comisión ya ha interpuesto el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia en relación con dos aspectos, por considerarlos contrarios a la libertad de establecimiento (art. 43 TCE) y a la libre circulación de capitales (art. 56 CE). Por un lado, la Comisión cuestiona la prohibición de que las empresas que tienen una actividad de distribución de medicamentos (o están vinculadas a empresas que tienen esa actividad) adquieran una participación en el capital de empresas farmacéuticas privadas o farmacias municipales. Por otro lado, el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión pone en entredicho la norma transalpina que reserva en exclusividad la propiedad de las oficinas de farmacia privadas a titulados en farmacia o personas jurídicas integradas por éstos.

En cuanto a Austria, la acción de la Comisión se halla en la fase previa a la interposición del recurso por incumplimiento ante el TJCE, toda vez que por el momento tan sólo ha emitido un Informe motivado al amparo del art. 226 TCE, por supuesta infracción de la libertad de establecimiento ex art. 43 TCE. Los extremos de la normativa austriaca discutidos por la Comisión son numerosos. Por una parte, la posible discriminación para los no nacionales, derivada del hecho de que los nacionales no austriacos no puedan acceder a la autorización de explotación de farmacias que lleven abiertas menos de tres años. Se cuestiona asimismo la circunstancia de que se prohíba la apertura de farmacias en municipios en los que no haya consultorio médico; la limitación del número de farmacias en función del número de habitantes y de la distancia entre ellas; la restric-

—de fecha 13 de julio de 2005— en la que ponía en entredicho la adecuación al Derecho comunitario de determinadas restricciones que en materia de establecimiento de oficinas de farmacia lucen en su normativa. Tras la correspondiente respuesta por parte del Gobierno español a la antedicha carta —respuesta de fecha 17 de octubre de 2005—, la Comisión, con arreglo a lo establecido en el art. 226.1 TCE, emitió Informe Motivado de 28 de junio de 2006, en el que imputa a la legislación farmacéutica española el incumplimiento del principio de libertad de establecimiento consagrado en el art. 43 TCE (54).

Los extremos de la normativa española que son discutidos por la Comisión Europea son en concreto tres. Por un lado, el modelo de planificación territorial de las oficinas de farmacia, el cual se traduce, como es de sobra conocido, en la supeditación del otorgamiento de nuevas autorizaciones de apertura

---

ción de la elección de la forma jurídica de la oficina de farmacia; y, en fin, la prohibición de explotación de más de una farmacia por un solo titular.

Como podrá comprobarse a continuación en el texto, algunos de los aspectos debatidos por la Comisión en relación con los Derechos italiano y austriaco son asimismo objeto del Dictamen Motivado dirigido al Reino de España.

(54) Conviene destacar que la posible incoherencia del régimen español de apertura de las oficinas de farmacia con el Derecho comunitario europeo ya fue sostenida en su día por algunos autores, si bien que con planteamientos diversos a los argüidos por la Comisión Europea en su Dictamen Motivado. Así lo entendió en su momento, por ejemplo, José Luis RIVERO ISERN: *Libertad de establecimiento...cit*, págs. 38-43, a la luz de la Directiva 85/433/CEE, de 16 de septiembre, por la que se regula el reconocimiento mutuo de Diplomas, Certificados y otros Títulos de Farmacia; así como en virtud de la Directiva 85/432/CEE, de 16 de septiembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas. Si bien en su estudio de las indicadas normas jurídicas comunitarias el aludido autor reconoce expresamente que ambas Directivas dejan en manos de las legislaciones internas de los Estados miembros la distribución geográfica de las farmacias y su sometimiento o no a un régimen de *numerus clausus*, afirma que las mismas marcan una orientación futura en el sentido de liberalizar el sector. En concreto, arriba a dicha conclusión al hilo del art. 1 de la primera de la Directivas mencionadas, el cual establece que los Estados deberán velar porque los titulados en farmacia «sean habilitados al menos para el acceso a las actividades» de preparación, control, almacenamiento y dispensación de medicamentos en farmacias abiertas al público». Lo cierto es que, esté o no presente esa supuesta orientación de las antedichas Directivas hacia un régimen de libre apertura de farmacias, en el momento presente el protagonismo exclusivo en este terreno sigue siendo de las legislaciones estatales, y la española se mantiene, como nos consta, claramente aferrada al modelo de limitación.

Menos optimista, al tiempo que más crítico, se muestra Ramón MARTÍN MATEO en relación a la virtualidad de las apuntadas Directivas comunitarias. Este autor observa como la normativa comunitaria, que en principio y en coherencia con sus postulados liberalizadores —recogidos expresamente para el ámbito de las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas en el actual art. 47.3 del Tratado Constitutivo— debería haber impuesto la liberalización del sector, no lo hace, sino que respeta la situación precedente en cada Estado miembro. [*vid.* sobre el particular su trabajo: *La ordenación de las oficinas de farmacia...cit*, pág. 151].

al cumplimiento de determinados módulos mínimos de aumento de población, así como al respeto de unas distancias mínimas respecto de las farmacias pre-existentes. La Comisión cuestiona por otro lado las normas españolas sobre propiedad de las farmacias, y más exactamente las circunstancias de que la propiedad de las mismas se reserve a favor de los titulados en farmacia y se prohíba la acumulación de farmacias en manos de un solo titular. En fin, a juicio de la Institución comunitaria son asimismo contrarios a la libertad de establecimiento determinados aspectos del procedimiento de otorgamiento de autorizaciones de farmacia y, en particular, el hecho de que algunas normas autonómicas, como sucede significativamente con la valenciana, reconozcan una suerte de prioridad a los farmacéuticos con experiencia profesional en su territorio, en orden al otorgamiento de las nuevas autorizaciones.

El planteamiento de la Comisión Europea supone una clara amenaza para el mantenimiento del régimen jurídico español de las oficinas de farmacia vigente en la actualidad y que, en los términos expuestos, tiene su origen más remoto en el Decreto de 24 de enero de 1941. No en vano, a tenor del art. 226 TCE el antedicho Dictamen motivado de la Comisión constituye el preludeo del correspondiente recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, toda vez que el Estado español no ha procedido a la adaptación de la indicada regulación a la normativa comunitaria en los términos y en el plazo de dos meses indicados por el propio Dictamen motivado. Ello significa que, en caso de que la Comisión decida finalmente la formalización de la denuncia por incumplimiento, una eventual sentencia estimatoria de la misma implicaría la exigencia de emprender una reforma legislativa orientada hacia la liberalización del sector, en el sentido de eliminar las actuales restricciones cuantitativas a la apertura de nuevas oficinas de farmacia, de excluir la exigencia de la titulación en farmacia para poder acceder a la titularidad de ellas, y de permitir la concentración de varias boticas por un solo propietario o empresario.

Con independencia de que finalmente la Comisión materialice o no la denuncia por incumplimiento, y al margen asimismo de cuál sea en su caso la postura adoptada por el Tribunal de Justicia, lo cierto es que en España se ha reavivado de nuevo el debate acerca de la ordenación farmacéutica. En particular, me interesa destacar que —como era lógico y, por tanto, de esperar— tanto la Administración española como el propio sector farmacéutico han reaccionado posicionándose de manera decidida a favor del modelo vigente (55).

---

(55) Si bien es cierto que —en lógica coherencia con el futuro incierto que para el modelo español de ordenación farmacéutica vigente supone el planteamiento de la Comisión Europea— quienes han dedicado un mayor esfuerzo y han puesto un mayor énfasis en el debate han sido la Administración y el propio sector farmacéutico, no debe silenciarse cómo también quiénes postulan

Han proliferado de ese modo los informes en los que se aportan argumentos orientados a la defensa de la regulación española sobre oficinas de farmacia y su coherencia con la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE (56). En las páginas que siguen se lleva a cabo un estudio de los términos jurídicos en los que se halla planteada la controversia jurídica acerca de la adecuación al Derecho comunitario europeo del régimen español de ordenación farmacéutica.

## **2. El título legitimador de la intervención de la Unión Europea en materia de ordenación farmacéutica: la sujeción de dicha materia a la libertad de establecimiento**

Vistos los términos en que la Comisión Europea ha cuestionado la adecuación al Derecho comunitario del modelo español de planificación y titula-

---

la inadecuación del régimen español de ordenación farmacéutica al Derecho comunitario europeo han hecho sus aportaciones a favor de sus pretensiones. En este caso destaca el *Documento recopilatorio de apoyo a la Comisión Europea*, de octubre de 2006, elaborado por la Plataforma Nacional de Farmacéuticos por el Libre Ejercicio Profesional (FLEP), y que puede consultarse en las páginas web: <http://www.farmacialibre.net>, y <http://www.todofarmacia.org>.

(56) Entre los aludidos informes puede destacarse el *Informe relativo al contenido del Dictamen motivado de la Comisión Europea —referencia 2001/5261 C(2006) 2726 de 28 de junio de 2006— sobre presuntas restricciones a la libre competencia de la normativa española reguladora de las oficinas de farmacia*, emitido por el Ministerio de Sanidad y Consumo en respuesta al Dictamen motivado de la Comisión. En la misma línea de defensa del modelo español de ordenación farmacéutica frente al indicado Dictamen Motivado ha intervenido la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia, con sus *Alegaciones de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación al Dictamen motivado de la Comisión Europea sobre restricciones en materia de establecimiento de oficinas de farmacia en España*, de fecha 31 de julio de 2006. Por lo que se refiere a las instancias representativas del sector farmacéutico, cabe citar el *Dictamen relativo a la justificación del régimen de establecimiento de oficinas de farmacia en España (Frente al Dictamen motivado de la Comisión Europea de 28 de junio de 2006)*, emitido en fecha 27 de julio de 2006 por el equipo de abogados del Ariño y Asociados, Abogados, bajo la dirección del propio Gaspar Ariño Ortiz, a petición de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles. En el mismo sentido, y por parte también del sector farmacéutico, las *Observaciones de carácter jurídico/profesional al Ministerio de Sanidad para la contestación a la Comisión Europea en el procedimiento —Dictamen motivado— sobre restricciones de la legislación española reguladora de las oficinas de farmacia*, aportadas por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, de fecha 31 de julio de 2006. En fin, el Muy Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y la propia Federación Española de Farmacéuticos Españoles han suscrito un informe en junio de 2007, y que lleva por título *Marco legal de la farmacia en Europa. El modelo español de farmacia referente para el futuro de la farmacia en Europa*. Todos los informes, alegaciones y documentos que acaban de quedar apuntados —y junto a ellos abundante información actualizada sobre la controversia objeto de estudio— pueden encontrarse en la página web de la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de Sevilla: <http://www.aprofase.com>. Resulta asimismo de particular utilidad la recopilación documental sobre la materia contenida en la página web del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Segovia: <http://cofsegovia.portalfarma.com>.

ridad de las oficinas de farmacia, la primera cuestión a la que debe prestarse atención en este trabajo es la relativa a si la Unión Europea cuenta realmente con un título competencial que ampare o legitime su actuación en la materia, incidiendo o poniendo en entredicho las normativas del sector emanadas por los Estados miembros. Son dos los aspectos que sobre el particular apuntado interesa abordar. Por un lado, y dado que las oficinas de farmacia son caracterizadas por el Derecho español como establecimientos sanitarios y la dispensación de medicamentos como una prestación de índole sanitaria, conviene aproximarse al alcance del régimen competencial que en materia de «salud pública» recoge el art. 152 TCE. Y por otra parte, tras comprobar que a la Unión Europea no le es dado entrar a cuestionar los regímenes estatales de ordenación farmacéutica con base en sus competencias sobre «salud pública», es menester analizar hasta qué punto la tan reiterada ordenación debe respetar los designios derivados de las libertades fundamentales proclamadas por el Derecho comunitario y, en particular, las exigencias de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE.

### **A) La ausencia de competencias comunitarias sobre ordenación farmacéutica con arreglo al título relativo a «salud pública» (art. 152 TCE)**

De conformidad con el orden de razonamiento expuesto en el párrafo precedente, se aborda en este punto del trabajo el estudio del alcance del reparto de competencias que en materia de «salud pública» se contiene en el art. 152 TCE. El objeto o razón de ser de dicho análisis consiste en determinar si el indicado título competencial legitima una actuación de la Unión Europea en materia de ordenación de las oficinas de farmacia, de modo que pueda cuestionar e incluso corregir los regímenes jurídicos estatales internos en la materia.

Es un hecho evidente por demás, que la ordenación farmacéutica, en tanto que materia objeto de regulación, tiene su acomodo lógico en el título competencial general relativo a la «salud pública», contemplado en el art. 152 TCE. A tal consideración conduce a mi juicio la circunstancia evidente de que el objetivo o interés justificativo de la actividad farmacéutica es ni más ni menos que la conservación y la recuperación de la salud de los ciudadanos (57). A su vez, la inclusión de la regulación de las oficinas de farmacia en la materia

---

(57) En palabras de María del Carmen VIDAL CASERO, «el principio esencial que domina las reglas articulares de la legislación farmacéutica está regido por el interés supremo de la salud pública» (vid. su libro: *Derecho farmacéutico I. Legislación, jurisprudencia, el ejercicio profesional*, ed. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2007, pág. 15).



«salud pública» se desprende con meridiana claridad de la propia caracterización que luce en el Derecho español, tanto de la actividad de dispensación de medicamentos, como de las oficinas de farmacia responsables de desempeñarla. En efecto, el ordenamiento jurídico español cuenta ya con una tradición de décadas, en la que la prestación farmacéutica —entendida ésta como la actividad orientada a garantizar el acceso de los ciudadanos a los medicamentos— se integra, como una más, entre las prestaciones del sistema público sanitario (58). Es esta una realidad que sigue siendo incuestionable en el momento presente, sin que sea preciso hacer mayores disquisiciones para demostrarlo. Basta en tal sentido con acudir a la normativa que disciplina el sector para comprobarlo, y en particular, a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuyo art. 7 se define o delimita el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, dentro del cual se incluye expresamente la «prestación farmacéutica» (59).

---

(58) Para una visión sintética pero particularmente atinada de los términos en que, desde la segunda mitad del pasado siglo XX y hasta nuestro días, la prestación farmacéutica ha merecido la consideración de prestación de los servicios públicos sanitarios en España, es recomendable el trabajo de José VIDA FERNÁNDEZ: *La prestación farmacéutica como «subsistema» prestacional sanitario*, en el vol. col dirigido por José Luis MOLINERO PÉREZ, Cristóbal MOLINA NAVARRETE y María Nieves MORENO VIDA: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, ed. Comares, Granada, 2007, págs. 297-303. En particular, el citado autor observa como fue la Ley de 28 de diciembre de 1963, de Bases de la Seguridad Social, la que en su Base 6<sup>a</sup>.27 incluyó la prestación farmacéutica como una más de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, con carácter gratuito, si bien que restringida a los tratamientos realizados en las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social y a los que tuvieran su origen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, en cuyo caso los afectados debían participar en el precio. A partir de ese punto de partida, la ampliación del alcance de la prestación farmacéutica, hasta llegar al contenido con el que hoy en día está dotada, ha ido de la mano del progresivo refuerzo o intensificación de que han sido objeto las prestaciones sanitarias públicas por parte del Derecho español.

No obstante lo anterior, cabe observar cómo con anterioridad a la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, es posible encontrar ya algunas manifestaciones de la preocupación del Estado por facilitar o garantizar el acceso de los ciudadanos a los medicamentos. Claro ejemplo de ello lo constituye la inclusión de la prestación farmacéutica entre las prestaciones incluidas en el denominado «seguro obligatorio de enfermedad», creado por Ley de 14 de diciembre de 1942, desarrollada por Reglamento aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943. Sobre el seguro obligatorio de enfermedad y la inclusión de la prestación farmacéutica entre las prestaciones del mismo, véase, entre otras aportaciones doctrinales, la monografía de Macarena HERNÁNDEZ BEJARANO: *La ordenación sanitaria en España*, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 64 y sgs (en particular, pág. 72).

(59) En efecto, el citado art. 7.1 LCC dispone en su párrafo primero que «El catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se considerarán prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos». Y en su párrafo segundo el mismo art. 7.1 LCC prosigue con una enumeración de las prestaciones incluidas en el catálogo en cuestión: «El catálogo compren-

En línea con la consideración legal de la asistencia farmacéutica como una de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, el ordenamiento jurídico vigente aporta un segundo dato que contribuye a incluir la ordenación farmacéutica en el título competencial concerniente a la «salud pública». Se trata en este caso, tal como he anticipado en el párrafo anterior, de la calificación legal de las oficinas de farmacia. Tanto la LOF (art. 1) como la LGURM (art. 84.6) coinciden en definir las oficinas de farmacia como «establecimientos sanitarios privados de interés público» (60). Esta caracterización de las boticas como establecimientos sanitarios implica sin duda un refuerzo de la idea de que la ordenación farmacéutica forma parte de la actividad sanitaria o de protección de la salud pública y, por tanto, ha de subsumirse en los esquemas competenciales en la materia, ya sea en el ámbito del Derecho interno de los Estados, como en el contexto comunitario europeo. Que la ordenación farmacéutica forma parte del título competencial concerniente a la salud pública o sanidad ha sido por otra parte reconocido sin ambages por parte del Tribunal Constitucional español (61) en muy numerosas Sentencias (62).

---

derá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, *la prestación farmacéutica*, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario».

Para un estudio de conjunto de las prestaciones que integran el aludido catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, véase la monografía de David LANTARÓN BARQUÍN: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios. Compendio de reflexiones jurídicas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

(60) La delimitación de las oficinas de farmacia tal cual aparece entrecomillada en el texto, luce en los citados preceptos de la LOF y de la LGURM. En una línea similar, aunque no coincidente, el art. 103 LGS, el cual se limita a señalar en su apartado 2 que «las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el Título IV de esta Ley».

(61) También la doctrina española ha concluido mayoritariamente que la ordenación farmacéutica integra la materia relativa a la sanidad interior, contemplada a efectos competenciales en el art. 149.1-16º CE. Véanse en tal sentido, sin ánimo alguno de exhaustividad, las aportaciones de José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA: *Las competencias de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica*, en «Revista Jurídica de Navarra» nº 20, 1995, págs. 83-87; Juan Francisco MESTRE DELGADO: *La competencia normativa en materia de ordenación farmacéutica*, en «Derecho y Salud» núm. 5/2, 1997, págs. 205-207; Francisca VILLALBA PÉREZ: *La profesión farmacéutica...cit*, págs. 235-241; Miriam CUETO PÉREZ: *Ordenación farmacéutica...cit*, págs. 21-24; Francisco Javier FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *Las limitaciones a la libertad de apertura de nuevas oficinas de farmacia tras la reforma de la ordenación farmacéutica*, en el libro colectivo coordinado por Francisco SOSA WAGNER: *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo II, págs. 1.548-1.549.

Entre los autores españoles cabe identificar no obstante a quien en su momento sostuvo que la ordenación farmacéutica constituye una materia específica, ajena a la sanidad, y que por ello, ante la ausencia de un título competencial específico en la Norma Fundamental, debía considerarse que se trataba de una competencia residual, ex art. 149.3 CE. Sostuvo esta tesis Ramón MARTÍN MATEO: *La ordenación de las oficinas de farmacia...cit*, pág. 154.

(62) Por ejemplo, SSTC 32/1983, de 28 de abril; 42/1983, de 20 de mayo; 80/1984, de

Sentada, así pues, la idea de que la ordenación de las oficinas de farmacia forma parte de la materia relativa a la «salud pública», de modo que ha de reconducirse a los planteamientos competenciales de ésta, procede abordar a continuación el estudio de los términos en que el art. 152 TCE define el aludido régimen de distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea (63). La lectura del citado precepto del Tratado Constitutivo permite alcanzar dos ideas principales de singular trascendencia a los efectos del presente trabajo. De una parte, se observa cómo el papel reservado a las Instituciones comunitarias europeas en relación con la «salud pública» se centra de manera fundamental, aunque no exclusiva, en el desempeño de una labor complementaria a la de los Estados miembros. Ello implica, en fin, que la protección de la salud pública se configura como un sector excluido de la posibilidad de armonización normativa por parte de la Unión Europea. En efecto, las posibilidades de acción de la Unión Europea en materia sanitaria quedan en la práctica —y aunque con algún matiz— presididas por el principio de subsidiariedad, ex art. 5.2 TCE (64), y orientadas de modo fundamental a prestar apoyo o colaboración a las políticas sanitarias de los Estados miembros, al tiempo que a fomentar la cooperación entre ellos (65).

---

20 de julio; 109/2003, de 5 de junio; 152/2003, de 17 de julio; y 312/2006, de 8 de noviembre.

Para un estudio de la jurisprudencia constitucional acerca de la subsunción de la ordenación farmacéutica en el art. 149.1-16ª CE, relativo al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de «sanidad interior», me permito la remisión a mi trabajo: *La ordenación farmacéutica*, en el libro colectivo dirigido por Juan María PEMÁN GAVÍN: *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón*, ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2004, vol. II, págs. 293-301.

(63) Interesa subrayar que la acción de la Unión Europea en materia de salud pública no contó con un título legitimador hasta el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), el cual introdujo en el TCE el art. 129. Con posterioridad, se dio un nuevo paso adelante en la implicación de la UE en materia de sanidad pública, con el Tratado de Ámsterdam, que modificó el precitado art. 129, el cual pasó a ser el vigente art. 152.

(64) Recuérdese que el principio de subsidiariedad de la acción de la Unión Europea se formula en el citado párrafo segundo del art. 5 TCE en los siguientes términos: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

(65) Sobre el carácter complementario de la acción de la Unión Europea respecto de la actividad de los Estados miembros han puesto el acento, de modo particular, Juan Mª PEMÁN GAVÍN: *Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la Sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*, en «Revista de Administración Pública» nº 160, enero-abril de 2003, págs. 134-140 (trabajo éste incorporado a su recopilación de estudios sobre temática

Por otro lado, el segundo dato que se deduce del art. 152 TCE y que no debe pasarse por alto en este trabajo, se refiere a la circunstancia de que el citado precepto define una esfera competencial reservada a la soberanía de los Estados miembros y, por ende, infranqueable a la acción de las Instituciones comunitarias, al menos con arreglo a sus competencias sobre salud pública. Es inequívoco, en tal sentido, el apartado 5 del art. 152 TCE, a cuyo tenor: «La acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica». Se trata por tanto de un reducto competencial reservado a la regulación por parte de la normativa interna de los Estados, el cual, como acertadamente se ha señalado por algún autor, implica que recaen sobre su exclusiva incumbencia aspectos tales como la determinación de los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria y el contenido de las prestaciones que se reconocen, las modalidades de organización y provisión de la asistencia o, en fin, las formas de financiación de las mismas (66).

La conclusión que se alcanza tras el análisis del alcance de las competencias comunitarias en materia de salud pública se muestra, en definitiva, evidente. Y es que la ordenación farmacéutica es reservada por el TCE a la soberanía de los Estados miembros, de modo que el título competencial sobre «salud pública» no otorga a las Instituciones de la Unión Europea la posibilidad de incidir en los regímenes internos articulados por los citados Estados. Así parece tenerlo asumido, por lo demás, la propia Unión Europea, tal como se deduce de las Directivas 432/1985 y 36/2005. En efecto, en los Considerandos que sirven de Preámbulo de la Directiva 85/432/CEE, de 16 de septiembre, del Consejo, de Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, puede leerse que «en particular, la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos continúan siendo competencia de los

---

sanitaria titulado: *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, ed. Comares, Granada, 2005, págs. 317 y sgs.); César CIERCO SEIRA: *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a epidemias y otros riesgos sanitarios*, ed. Comares, Granada, 2006, págs. 102-107; y Carmen RODRÍGUEZ MEDINA: *Salud pública y asistencia sanitaria en la Unión Europea. Una Unión más cercana al ciudadano*, ed. Comares, Granada, 2008, págs. 18-23.

(66) Véanse en tal sentido las reflexiones de Juan M<sup>º</sup> PEMÁN GAVÍN: *Asistencia sanitaria pública...cit.*, págs. 137-138. El autor matiza en todo caso que si bien la reserva competencial contenida en el art. 152.5 TCE a favor de los Estados ha determinado la inexistencia de disposiciones de Derecho comunitario derivado en las materias reservadas, no ha impedido la intervención legislativa de la Unión Europea en algunos extremos vinculados a la asistencia sanitaria transfronteriza. Tal es el sentido, por ejemplo, del Reglamento (CEE) 1408/71, de 14 de junio, sobre regulación comunitaria de la Seguridad Social de los trabajadores emigrantes.

Estados miembros». Y en términos sustancialmente coincidentes, la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, del Consejo y del Parlamento Europeo, de Reconocimiento de cualificaciones profesionales, reza en su Considerando 26 lo siguiente: «La presente Directiva no coordina todas las condiciones de acceso a las actividades del ámbito farmacéutico y su ejercicio. En concreto, la distribución geográfica de las farmacias y el monopolio de dispensación de medicamentos deben seguir siendo competencia de los Estados miembros». En fin, no ha de pasarse por alto que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado con rotundidad que el art. 152.5 TCE lleva a cabo un reconocimiento expreso de la competencia de los Estados miembros para organizar sus servicios sanitarios (67), entre los que obviamente hay que considerar incluida la dispensación de medicamentos a la ciudadanía.

## **B) La sujeción de la ordenación de las oficinas de farmacia a las libertades fundamentales del Derecho comunitario como título legitimador de la intervención de la Unión Europea en el sector**

Vista la imposibilidad de que con base en el título concerniente a «salud pública», ex art. 152 TCE, las Instituciones de la Unión Europea puedan intervenir en materia de ordenación de las oficinas de farmacia, es preciso detenerse en la cuestión relativa a si dicha intervención puede ampararse o justificarse en el eventual sometimiento de la actividad de dispensación de medicamentos a las libertades del Derecho comunitario y, en particular, a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE. Cabe observar al respecto que precisamente éste es el argumento utilizado por la Comisión Europea para legitimar su Dictamen Motivado, de 28 de junio de 2006, en el que cuestiona el modelo de planificación y propiedad de las boticas en España. En concreto, y ante la oposición manifestada por el Ministerio de Sanidad y Consumo español a la aplicabilidad de la libertad de esta-

---

(67) En tal sentido, STJCE de de 13 de mayo de 2003 [asunto C-385/99, V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, y entre E.E.M. van Riet y Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen (puntos 100 y 102)], y STJCE de 16 de mayo de 2006 [asunto C-372/04, Ivonne Watts contra Bedford Primary Care Trust y Secretary of State for Health (puntos 121 y 146)]. Interesa reproducir los citados apartados de este último pronunciamiento. Así, en el apartado 121 puede leerse que «el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y decidir qué volumen de recursos destinarán a su funcionamiento». Y en el punto 146 luce la misma conclusión, al afirmar el Tribunal de Justicia que «es preciso recordar que, según los términos del artículo 152 CE, apartado 5, la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica».

blecimiento al ámbito de las oficinas de farmacia, la Comisión considera que dicha aplicabilidad se halla reconocida por el TJCE en su Sentencia de 16 de mayo de 2006 (68). En dicho pronunciamiento judicial, tras el reconocimiento expreso por parte del Tribunal de Justicia de la competencia exclusiva de los Estados miembros «en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica» (69), puede leerse que el art. 152.5 TCE, atributivo de dicha competencia a los Estados, «no excluye, sin embargo que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, tales como el artículo 49 CE, o de medidas comunitarias adoptadas con arreglo a otras disposiciones del Tratado, ..., los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de seguridad social, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia» (70).

A pesar de la rotundidad de la STJCE traída al párrafo precedente, se han aportado algunos argumentos que cuestionan que la ordenación farmacéutica se encuentre sometida a la libertad de establecimiento y sus consecuencias. Dado que es éste un extremo crucial para determinar si el modelo español de planificación y propiedad de las oficinas de farmacia es o no ajustado al Derecho comunitario europeo, conviene prestarles atención. Se sostiene al respecto por parte de quienes defienden la coherencia de la legislación española en la materia con el Derecho de la Unión Europea, que la prohibición de que las autoridades comunitarias interfieran en los modelos de establecimiento de las farmacias de los Estados miembros deriva del reconocimiento expreso por parte de las Directivas 432/1985 y 36/2005 de la

---

(68) STJCE de 16 de mayo de 2006 (asunto C-372/04, *Ivonne Watts contra Bedford Primary Care Trust y Secretary of State for Health*).

(69) En efecto, el punto 146 de la antedicha STJCE de 16 de mayo de 2006, señala lo siguiente: «A continuación, es preciso recordar que, según los términos del artículo 152 CE, apartado 5, la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica».

(70) La STJCE de 16 de mayo de 2006, que acaba de ser parcialmente transcrita en el texto, recoge así doctrina ya formulada por el TJCE en sus Sentencias de 13 de mayo de 2003 [asunto C-385/99, *V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA*, y entre *E.E.M. van Riet y Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen* (punto 102)]; y de 5 de octubre de 2000 [asunto C-376/98, *Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo* (punto 78)].

El propio apartado 121 de la STJCE de 16 de mayo de 2006 incide en el mismo planteamiento, al afirmar que «aunque el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y decidir qué volumen de recursos destinarán a su funcionamiento, la realización de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado obliga no obstante inevitablemente a los Estados miembros a introducir adaptaciones en dichos sistemas, sin que pueda considerarse que ello menoscaba su competencia soberana en la materia».

competencia exclusiva de los Estados en materia de distribución geográfica de las farmacias (71).

A las indicadas normas comunitarias me he referido en el apartado precedente. Sobre el sentido o alcance de las mismas señala la Comisión Europea en su Dictamen Motivado que los Considerandos carecen de valor normativo, teniendo como alcance exclusivo el determinar o fijar los límites de aplicación de las Directivas (72). Entiendo acertado este planteamiento de la citada Institución comunitaria. En efecto, no hay que olvidar que, en el caso concreto que nos ocupa, las Directivas en cuestión no tienen por objeto la ordenación de las oficinas de farmacia, sino que las mismas regulan un núcleo mínimo de actividades cuyo posible desempeño han de garantizar los Estados miembros a todos aquellos ciudadanos comunitarios que tengan determinada titulación. Lógicamente, siendo esa la razón de ser de las Directivas, no parece coherente atribuir a los Considerandos en los que se afirma que la competencia exclusiva en materia de distribución geográfica de oficinas de farmacia corresponde a los Estados miembros, otro sentido que el de definir el ámbito competencial en que ha de desenvolverse la actividad legislativa de la Unión Europea. O lo que es sinónimo, el sentido de los Considerandos en cuestión no es otro que el de reconocer que las Instituciones legislativas comunitarias carecen de competencia para armonizar las ordenaciones nacionales de las oficinas de farmacia; pero sin que ello implique a mi juicio, en contra de lo pretendido por algunos autores, una afirmación de que el régimen de apertura de boticas pueda llevarse a cabo al margen de la libertad de establecimiento.

---

(71) En tal sentido, por ejemplo, el dictamen dirigido por Gaspar ARIÑO ORTIZ: *Dictamen relativo a la justificación del régimen... cit*, págs. 20 y sgs. Igualmente, David BLANQUER: *Las oficinas de farmacia y las sociedades profesionales...cit*, págs. 32-34. Idéntica valoración del alcance de la Directiva 85/432/CE había sido sostenida, con anterioridad al envío del Dictamen Motivado por parte de la Comisión Europea, por Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *El sistema del medicamento en el Derecho de la Comunidad Europea (una propuesta metodológica)*, en «Derecho y Salud» núm. 3, enero-diciembre de 1995, págs. 42-43.

(72) Hay que notar la argumentación acerca del reconocimiento del valor normativo de las exposiciones de motivos de las Directivas comunitarias, y que en el caso concreto que nos ocupa los autores deducen sobre todo de la STJCE de 21 de marzo de 1991 (asunto C-60/89). Dicha Sentencia, si bien recurre al Considerando segundo de la Directiva 85/432/CEE, lo hace como argumento adicional al argumento principal que sirve al Tribunal para reconocer la competencia exclusiva de los Estados miembros para reservar la dispensación de los medicamentos a los titulados en farmacia en régimen de monopolio. El argumento principal de la STJCE es la Directiva 65/65 y el art. 34 de la Directiva 75/319/CEE, del Consejo, de 20 de mayo de 1975). Por otra parte, no hay que olvidar que una cosa es reconocer el monopolio de los titulados en farmacia para vender medicamentos, y otra bien distinta limitar el número de farmacéuticos que pueden ser titulares de una botica.

Entiendo en cualquier caso que, con independencia del valor —normativo o no— que se reconozca a los Considerandos de las Directivas comunitarias, una correcta comprensión del ámbito material de aplicación de la libertad de establecimiento conduce derechamente a afirmar la sujeción de la ordenación farmacéutica a los designios que de dicha libertad derivan. En el conocimiento del citado ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento es menester partir de la regulación contenida sobre el particular en el propio Tratado Constitutivo, la cual ha sido, obviamente, objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia, que ha venido a aclarar las cuestiones más controvertidas que se plantean al respecto. Por lo que se refiere al TCE, el único precepto cuyo objeto es la delimitación de las actividades o profesiones respecto de los que las regulaciones de los Estados miembros han de ser acordes con los planteamientos de la libertad comunitaria de establecimiento es el art. 45. Dicho precepto establece en concreto las que pueden calificarse como únicas exclusiones expresas del alcance de la tan reiterada libertad fundamental. A tenor del mismo, quedan al margen de la misma aquellas actividades que «estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público» (73), y aquellas otras actividades en relación con las cuales así lo haya acordado el Consejo, por mayoría cualificada, y a propuesta de la Comisión. Del precepto anterior se deriva que, con las excepciones que acaban de mencionarse, la libertad de establecimiento abarca al común de las actividades y profesiones. Siendo así, y en la medida en que la actividad farmacéutica no implica el ejercicio del poder público, y tampoco ha sido objeto de exclusión de las reglas de la libertad de establecimiento por parte del Consejo, se hace evidente la conclusión favorable a su sometimiento a esta libertad.

La premisa anterior no se ve contradicha por la circunstancia de que las competencias en la materia correspondan de manera exclusiva a los Estados miembros, sin posibilidad armonizadora alguna por parte de la Unión Europea, tal como sucede con la ordenación farmacéutica. Antes bien, resulta erróneo entender que las legislaciones internas de los Estados en materias de su exclusiva incumbencia puedan desarrollarse ajenas o de espaldas a los designios de las libertades fundamentales consagradas por el Derecho comunitario europeo. De hecho, la simple lectura del art. 43 TCE pone de manifiesto cómo

---

(73) Interesa observar que el TJCE tiene sentado que la noción de actividad que implique el ejercicio del poder público debe ser interpretada en términos restrictivos. En concreto, desde su Sentencia de 21 de junio de 1974 (asunto 2/74, *Reyners contra Bélgica*), el Tribunal tiene sentado que cuando una determinada profesión incluya el ejercicio de actividades que implican el ejercicio de poder público con otras que no tengan dicho contenido, la limitación a la libertad de establecimiento deberá circunscribirse a aquellas partes de la profesión que sí entrañen el ejercicio del poder público.



el mismo se dirige fundamentalmente a los Estados miembros, que son quienes más habitualmente pueden establecer normativas discriminatorias para los no nacionales. Podría decirse, en definitiva, que las libertades fundamentales del Derecho comunitario —y con ellas la libertad de establecimiento— tienen un carácter transversal, de modo que, salvo exclusión en los términos legitimados en cada caso por el propio Derecho comunitario, la legislación de cualesquiera materias ha de ser respetuosa con sus designios. Y ello tanto si la legislación es dictada por las autoridades europeas como por un Estado miembro en ejercicio de competencias exclusivas.

El planteamiento que acaba de quedar expuesto no es el resultado exclusivamente de una lucubración intelectual propia, sino que se halla avalado por la jurisprudencia del TJCE. En efecto, precisamente en relación con la libertad de establecimiento, el Tribunal ha señalado que «aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario» (74). De esta doctrina se deduce a mi juicio, en fin, que el reconocimiento de la competencia exclusiva de los Estados para ordenar la distribución geográfica de las farmacias, contenido en los Considerandos de las Directivas 432/1985 y 36/2005, no legítima a dichos Estados para articular un régimen jurídico en la materia que limite o restrinja injustificadamente la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE. Por

---

(74) En esas palabras se expresa la reciente STJCE de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-438/05), relativa a cuestión prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales. Una mejor comprensión de la doctrina contenida en el citado pronunciamiento justifica a mi entender la transcripción de los breves apartados 39 y 40: «39. En primer lugar, el Gobierno danés alega que el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal están excluidos del ámbito de la libertad fundamental establecida en el art. 43 TCE porque, conforme al artículo 137 CE, apartado 5, en su versión modificada por el Tratado de Niza, la Comunidad no es competente para regular estos derechos. // 40. A este respecto, basta con recordar que, aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario».

El planteamiento que acaba de quedar expuesto no es formulado por primera vez en la citada STJCE de 11 de diciembre de 2007, sino que ésta se hace eco expreso de otros pronunciamientos anteriores en los que se sienta la misma línea de entendimiento. Dichas Sentencias son las siguientes: STJCE de 28 de abril de 1998 (asunto C-120/95, Decker y Caisse de Maladie des Employés Privés), apartados 22 y 23, STJCE de 28 de abril de 1998 (asunto C-158/96, Kohl y Union des Caisses de Maladie) apartados 18 y 19, STJCE de 4 de marzo de 2004 (asunto C-334/02, Comisión contra Francia, apartado 21), y STJCE de 13 de diciembre de 2005 (asunto C-446/03, Marks & Spencer contra, apartado 29).

el contrario, entiendo que dicha competencia exclusiva, interpretada con arreglo a la jurisprudencia del TJCE que acaba de ser comentada, implica exclusivamente la afirmación de que las Instituciones comunitarias no pueden entrar a regular o armonizar la materia, pero no exime a los Estados del deber de regular la ordenación de las oficinas de farmacia con arreglo a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento garantizada por el Derecho comunitario europeo.

La sujeción de las legislaciones estatales internas sobre ordenación farmacéutica a los diseños de la libertad de establecimiento no ha de identificarse, empero, con la existencia de una exigencia automática e ineludible de que por parte de los Estados se establezca un modelo de libre apertura de oficinas de farmacia, exento de condicionamientos de índole territorial y poblacional. De igual modo, la indicada sujeción tampoco tiene por qué implicar ineludiblemente la admisión de la titularidad de farmacias a favor de personas jurídicas o de personas físicas sin la correspondiente titulación en farmacia. Por el contrario, el análisis de la legitimidad del régimen español de ordenación farmacéutica pasa por el estudio del alcance o significado general de la libertad de establecimiento definida en el art. 43 TCE. Estudio que, como se comprobará de inmediato, permite constatar cómo el TJCE ha introducido algunas modulaciones y criterios de flexibilización a la inicial rigidez de la libertad de establecimiento que se desprende de los términos en que es perfilada en el precitado art. 43 TCE.

### **3. El alcance general de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE**

Vista la sujeción de la ordenación de las oficinas de farmacia a los diseños de la libertad de establecimiento recogida en el art. 43 TCE, el primer paso que debe darse en orden a determinar si el régimen español de ordenación farmacéutica es o no ajustado al Derecho comunitario europeo, en los términos en que es cuestionado por el Dictamen Motivado de la Comisión europea, consiste necesariamente en determinar cuál es el alcance y significado de la aludida libertad de establecimiento, cuya infracción atribuye la Comisión a la legislación española en la materia. Conviene para ello partir de la redacción del precitado precepto, a cuyo tenor:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecido en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales».

Una interpretación literal del precepto que acaba de quedar transcrito conduce a la conclusión de que el mismo recoge lo que habitualmente se viene denominando *derecho al trato nacional*. Según reiterada jurisprudencia comunitaria, el aludido derecho al trato nacional implica el derecho de los ciudadanos comunitarios «de acceder a las actividades no asalariadas y de ejercerlas, así como el de constituir y gestionar empresas, en condiciones idénticas a las fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para su propios nacionales» (75). En otras palabras, puede decirse que el derecho al trato nacional conlleva la necesidad de que la normativa de cada Estado miembro relativa al establecimiento de profesionales y empresas en un determinado sector de actividad, sea una sola y la misma tanto para los nacionales como para los extranjeros comunitarios, sin que por tanto sea legítimo el establecimiento de medidas discriminatorias por razón de la nacionalidad (76).

Concluir la aproximación al contenido de la libertad de establecimiento con su identificación con el aludido derecho al trato nacional supondría dar una visión parcial o sesgada de las implicaciones que derivan de aquella libertad fundamental consagrada por el Derecho comunitario europeo. A los efectos de analizar la legitimidad del régimen español de ordenación de las oficinas de farmacia conviene tener presentes algunas consideraciones adicionales. Por un lado, que la libertad de establecimiento condiciona la actividad normativa de los Estados miembros, de modo que éstos no sólo han de garantizar la aplicación igualitaria de la norma a nacionales y a extranjeros comunitarios, sino que, además, deben abstenerse de articular regímenes jurídicos

---

(75) Así reza la STJCE de 11 de marzo de 2004 (asunto C-496/01, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, apartado 58). Como se ha señalado en el texto, este contenido de la libertad de establecimiento, que por lo demás se deduce con claridad meridiana de la propia redacción del art. 43 TCE, ha sido consagrado por numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia.

(76) Véase una aproximación al significado de la libertad de establecimiento en las obras de Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, ed. Colex, Madrid, 2003, págs. 87 y sgs.; y de Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS: *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 122 y sgs. Para una visión más sintética, Fernando DíEZ MORENO: *Manual de Derecho de la Unión Europea*, ed. Thomson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 432 y sgs.

que impongan restricciones injustificadas a dicha libertad de establecimiento. Y por otro lado, pero en íntima conexión con esta última idea, conviene observar cómo el TJCE ha sentado asimismo la doctrina según la cual esa prohibición de adoptar medidas restrictivas de la libertad de establecimiento puede ser excepcionada por las legislaciones internas ante la concurrencia de determinadas circunstancias justificativas. Interesa detenerse de manera más detallada en los dos extremos que acaban de quedar apuntados.

En relación con la prohibición de establecer medidas limitativas, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia que, en efecto, el art. 43 TCE exige «la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento», y aclara que «deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio» de dicha libertad. En estos términos se ha pronunciado el TJCE en numerosas ocasiones (77), lle-

---

(77) Aunque en términos un tanto crípticos a mi juicio, el planteamiento expuesto en el texto acerca del significado de la libertad de establecimiento se contiene ya en la STJCE de 30 de marzo de 1993 (Christos Konstantinidis contra el Stadt Altensteig, Standesamt y el Landratsamt Calw, Ordnungsamt, asunto C-168/91). En dicha Sentencia se planteaba la adecuación a la libertad de establecimiento, a la sazón reconocida en el art. 52 TCE, de la transcripción en caracteres latinos del nombre de un nacional griego. Pues bien, el Tribunal, en los apartados 15, 16 y 17 de la Sentencia, establece lo siguiente: «15. Las normas de esta naturaleza únicamente deben considerarse incompatibles con el artículo 52 del Tratado en la medida en que su aplicación crea para un nacional helénico un entorpecimiento tal que, de hecho, perjudica al libre ejercicio del derecho de establecimiento que dicho artículo garantiza. 16. Ahora bien, así sucede si la legislación del Estado de establecimiento obliga a un nacional helénico a utilizar, en el ejercicio de su profesión, una grafía de su nombre derivada de la transliteración en los Registros Civiles, si la pronunciación de dicha grafía se encuentra desnaturalizada y si tal deformación le expone al riesgo de una confusión de personas entre su clientela potencial. 17. Procede, en consecuencia, responder al órgano jurisdiccional de remisión que el artículo 52 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un nacional helénico se vea obligado, por la legislación nacional aplicable, a utilizar, en el ejercicio de su profesión, una grafía de su nombre tal que la pronunciación se encuentra desnaturalizada y que la deformación que de ella se deriva le expone al riesgo de una confusión de personas entre su clientela potencial».

Con mayor claridad se halla formulado el alcance de la libertad de establecimiento en Sentencias posteriores, en las que se delimita en los términos que han sido transcritos en el texto. Así por ejemplo, STJCE de 15 de enero de 2002 (Comisión contra República Italiana, asunto C-439/99); o la muy reciente STJCE de 18 de julio de 2007 (Comisión contra República Italiana, asunto C-134/05). Particular interés presenta esta última, toda vez que en ella se declara contraria a la libertad de establecimiento la normativa italiana sobre establecimiento de empresas para el cobro extrajudicial de créditos, a cuyo tenor las empresas autorizadas por la Administración italiana para desempeñar dicha actividad, únicamente podían ejercerla en el territorio de las provincias para las que se haya obtenido la licencia, siendo además necesario disponer de local en todas aquellas provincias para las que se solicite la correspondiente autorización. Pues bien, sobre esta normativa entiende el TJCE, en el apartado 57 de su Sentencia, que: «Aun cuando dichas normas se apliquen de manera idéntica a los operadores establecidos en una provincia italiana y que deseen ampliar sus actividades en otras provincias a los operadores procedentes de otros Estados miembros que deseen ejercer sus actividades en varias provincias italianas, constituyen no obstante, para cualquier operador

gando, en aplicación de dicha línea de entendimiento, a estimar contrarias a la libertad de establecimiento normativas internas por considerar que las mismas suponían un obstáculo injustificado para el acceso de los operadores al mercado, y ello con independencia de que aquellas limitaciones se aplicasen en idénticas condiciones a todos los ciudadanos comunitarios, nacionales o no.

No obstante lo anterior, y como ya se ha señalado, la prohibición de establecer medidas limitativas que puedan suponer una restricción a la libertad de establecimiento, no tiene un carácter absoluto. Por el contrario, el propio Tribunal de Justicia ha admitido de manera expresa y reiterada la posibilidad de que las normativas internas determinen restricciones de acceso al mercado, si bien condiciona la legitimidad de las mismas al cumplimiento de dos exigencias. Por una parte, y en lo que sería una clara concreción del derecho al trato nacional, que las restricciones en cuestión se apliquen de modo idéntico a todos los operadores comunitarios, con independencia de cuál sea su nacionalidad. Y, por otro lado, es preciso que su articulación esté justificada. La jurisprudencia, en fin, se ha ocupado de precisar en qué circunstancias, o bajo qué específicas condiciones puede estimarse que las medidas restrictivas de la libertad de establecimiento están justificadas; y ha señalado al respecto que lo estarán «si responden a razones imperiosas de interés general, y siempre que sean

---

no establecido en Italia, un considerable obstáculo para el ejercicio de sus actividades en dicho Estado miembro, que afecta a su acceso al mercado». Y concluye en el apartado 58, que: «En efecto, en la medida en que dichas normas exigen a un operador procedente de otro Estado miembro y que desee ejercer sus actividades en varias provincias italianas que no se limite a una sola implantación en el territorio italiano sino que disponga, por el contrario, de un local en cada una de esas provincias, salvo que apodere a un representante autorizado, le colocan en situación de desventaja en relación con los operadores italianos implantados en Italia que tienen ya un local en una al menos de dichas provincias y cuentan normalmente con más facilidades que los operadores extranjeros para establecer contactos con operadores autorizados a ejercer en otras provincias al objeto de otorgar a favor de éstos, en su caso, un mandato de representación».

Interesa observar, por último, que en algunas Sentencias (señaladamente en la capital, y ya citada, de 15 de enero de 2002), el Tribunal de Justicia ha considerado que la prohibición para los Estados miembros de establecer limitaciones injustificadas a la libertad deriva en iguales términos de la libertad de establecimiento, ex art. 43 TCE, que de la libertad de prestación de servicios, reconocida en el art. 49 TCE. Ello implica, por tanto, que las numerosas SSTJCE en las que se formula la aludida interdicción del establecimiento de medidas limitativas de la libre prestación de servicios, supongan en el fondo un refuerzo a la indicada prohibición como consecuencia de la libertad de establecimiento. En tal sentido cabe citar, a modo de ejemplo, las SSTJCE de 25 de julio de 1991 (Säger, asunto C-76/90), apartado 12; de 9 de agosto de 1994 (Vander Elst, asunto C-43/93) apartado 14; de 28 de marzo de 1996 (Guiot, asunto C-272/94), apartado 10; de 18 de junio de 1998 (Corsica Ferries France, asunto C-266/96), apartado 56; de 23 de noviembre de 1999 (Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96), apartado 33; y, en fin, STJCE de 20 de febrero de 2001 (Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (ANALIR) y otros contra Comisión Europea, asunto C-205/99), apartado 21, en la que se recopilan todos los pronunciamientos precedentes.

adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo» (78). Puede decirse, en definitiva, y a modo de síntesis, que la legitimidad de las excepciones a la libertad de establecimiento pasa por la concurrencia acumulativa de cuatro circunstancias, a saber: *a)* que no sean discriminatorias entre comunitarios por razón de nacionalidad, *b)* que estén justificadas en imperiosas razones de interés general, *c)* que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y *d)* que sean proporcionales a dicho objetivo, de suerte que no vayan más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del mismo (79).

#### **4. La proporcionalidad como criterio determinante de la legitimidad o no del modelo español de planificación y titularidad de las oficinas de farmacia**

Alcanzada la conclusión según la cual la ordenación de las oficinas de farmacia se encuentra sujeta a los parámetros derivados de la libertad de establecimiento, y visto asimismo el contenido o significado de esta libertad fundamental, procede abordar a continuación el estudio de los términos o condiciones en que la misma incide o condiciona al modelo español de ordenación farmacéutica. A tal efecto, es menester resolver la cuestión concerniente a si la ordenación farmacéutica debe plegarse de manera estricta a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento o, por el contrario, concurren en dicha materia circunstancias o razones que justifiquen la flexibilización, o incluso la exclusión, de la misma del ámbito de aplicación de la precitada libertad fundamental. Una vez obtenida una respuesta a este interrogante —respuesta que, me permito adelantar, será favorable a las posibilidades de flexibilización— es preciso analizar si el régimen español de ordenación farmacéutica, y en particular el modelo de distribución territorial y de propiedad de las oficinas de farmacia, cumple con las exigencias formuladas

---

(78) En esos términos se expresa la ya citada STJCE de 15 de enero de 2002, Comisión Europea contra Italia, asunto C-439/1999, apartado 23.

(79) Véase formulada esta doctrina en, por ejemplo, las SSTJCE de 31 de marzo de 1993 (Graus, asunto C-19/92), apartado 32; GEBHARD, apartado 37; ANAUR, apartado 25; de 4 de julio de 2000, Haim, asunto C-424/97, apartado 57; de 1 de febrero de 2001 (MacQuen, asunto C-108/96), apartado 26; de 15 de enero de 2002 (Comisión Europea contra Italia, asunto C-439/99), apartado 23; de 11 de julio de 2002 (Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GMBH y Kurt Gräbner, asunto C-294/00), apartado 39; de 2 de diciembre de 2004 (Comisión Europea contra Países Bajos, asunto C-41/02), apartado 47; de 13 de enero de 2005 (Comisión Europea contra Bélgica, asunto C-38/03), apartado 20; de 26 de enero de 2006 (Comisión Europea contra España, asunto C-514/03); de 15 de junio de 2006 (Comisión Europea contra Francia, asunto C-255/04), apartado 29; de 13 de septiembre de 2007 (Comisión Europea contra Italia, asunto C-260/04), apartado 33 y de 17 de julio de 2008 (Corporación Dermoestética, S.A. y To Me Group Advertising Media, asunto C-500/06, apartado 35).

por el TJCE para que, en tanto que excepciones a la libertad de establecimiento, puedan considerarse jurídicamente legítimas.

### **A) La legitimidad de la adopción de medidas restrictivas de la libertad de establecimiento en materia de ordenación farmacéutica**

En cuanto al primero de los interrogantes planteados, esto es, acerca de la cuestión atinente a si en materia de ordenación farmacéutica concurren circunstancias que justifiquen el establecimiento de medidas restrictivas al acceso al mercado en el sector, la respuesta se presenta clara en sentido positivo. En efecto, el TJCE ha afirmado con rotundidad que las razones de salud o de interés sanitario revisten suficiente entidad o trascendencia como para fundamentar el establecimiento de limitaciones a la libertad de establecimiento (80). Siendo la dispensación de medicamentos a través de las oficinas de farmacia una actividad en la que, como ya se ha visto, está implicada de manera clara la salud de los ciudadanos, la posibilidad de que las legislaciones de los Estados miembros puedan establecer condiciones limitativas de la apertura de boticas parece, por tanto, obvia.

La anterior afirmación significa que el hecho de que por parte del ordenamiento jurídico español se establezcan requisitos de apertura de farmacias más rigurosas que las aplicables en otros Estados miembros, no significa que la regulación española haya de reputarse necesariamente contraria a la libertad de establecimiento (81). Por el contrario, cabe la posibilidad de que dichas

---

(80) Así lo ha reconocido en términos expresos la STCE de 1 de febrero de 2001 (asunto C-108/96, MacQuen), cuyos planteamientos reitera y hace suyos la STJCE de 11 de julio de 2002 (asunto C-294/00, Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH y Kurt Gräbner, apartado 46) y la STJCE de 17 de julio de 2008 (asunto C-500/06, Corporación Dermoestética, S.A. y To Me Group Advertising Media, apartado 37). Merece la pena la transcripción del apartado 28 del primero de los pronunciamientos citados, en el que puede leerse lo siguiente: «Seguidamente, por lo que se refiere a si existen razones imperiosas de interés general que puedan justificar la restricción de la libertad de establecimiento que resulta de la prohibición controvertida, hay que recordar que la protección de la salud pública figura entre las razones que, en virtud del artículo 56, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 46, apartado 1, tras su modificación), pueden justificar restricciones que deriven de un régimen especial para los extranjeros. Por lo tanto, la protección de la salud pública puede justificar igualmente, en principio, disposiciones nacionales indistintamente aplicables, como en el caso de autos».

(81) Así lo afirma de manera particularmente clara, y con relación a materia sanitaria, la STJCE de 11 de julio de 2002 (asunto C-294/00), ya mencionada, al señalar en su apartado 46 que: «cabe recordar que el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las aplicables en otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas y, por lo tanto, incompatibles con el Derecho comunitario». La citada Sentencia de 11 de julio de 2002 recoge así la doctrina sentada en las SSTJCE de 12 de diciembre de 1996 (Risebühro Broede, C-3/95, apartado 42); de 1 de febrero de 2001 (C-108/96, Mac Quen y otros, apartado 33); y de 19 de febrero de 2002 (asunto C-309/99, Wouter y otros, apartado 108).

medidas restrictivas del acceso al mercado sean ajustadas a los imperativos del Derecho comunitario, siempre que las mismas cumplan con los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia y que son, recuérdese, que no se apliquen de manera discriminatoria, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y que sean proporcionales a dicho objetivo que se pretende alcanzar. Se analiza por ello, a continuación, si el modelo español de planificación y de propiedad de las oficinas de farmacia cumple con las aludidas exigencias comunitarias, de suerte que el mismo pueda o no reputarse conforme a la libertad de establecimiento consagrada en el art. 43 TCE. En particular, y en la medida en que se llegará a la conclusión de que el modelo español de ordenación farmacéutica se aplica de manera indistinta a nacionales que a extranjeros comunitarios, y de que es además adecuado para alcanzar el objetivo que persigue, la cuestión debatida se centra de manera fundamental en determinar si la limitación del número de boticas y la reserva de su propiedad a las personas físicas licenciadas en farmacia son o no medidas proporcionales al fin que con ellas se pretende alcanzar.

Como acaba de indicarse, no cabe duda de que el régimen español de ordenación farmacéutica se aplica de manera no discriminatoria a los titulados en farmacia de nacionalidad española y de cualquier otra nacionalidad de la Unión Europea. En efecto, no existe disposición normativa alguna que prevea dispensar un trato diferenciado a los farmacéuticos no nacionales, por lo que puede afirmarse que el ordenamiento español garantiza debidamente el denominado derecho al trato nacional, al que ya me he referido en este trabajo, y que forma parte del contenido de la libertad de establecimiento.

Entiendo, de igual modo, que la restricción del número de farmacias con arreglo a criterios de población y distancia entre ellas, así como la reserva de su propiedad a las personas físicas con la titulación correspondiente, ha resultado, en la práctica, adecuada para alcanzar el objetivo de conseguir un elevado grado de protección de la salud. Sobre este particular, es evidente que España cuenta con una asistencia farmacéutica de muy alta calidad. En tal sentido, son datos estadísticamente confirmados, amén de perceptibles a simple vista, que en España contamos con una distribución homogénea de farmacias en todo el territorio, tanto en áreas urbanas como rurales (82), y que

---

(82) Según datos manejados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, e incorporados en su Contestación de 24 de agosto de 2006 al Dictamen Motivado de la Comisión Europea, España cuenta con la tercera mejor *ratio* europea en cuanto a número de farmacias por número de habitantes. En concreto, contamos con una botica por cada 2.143 habitantes, proporción sólo mejorada en Grecia y Bélgica. El Ministerio pone igualmente de manifiesto que en nuestro país existen un total de 2.149 municipios con una población inferior a los 1.000 habitantes, y que de los 1.114 municipios con menos de 500 habitantes, sólo 36 carecen de botica. Por último, el Ministerio de Sanidad y Consumo hace hincapié en que un 99 por 100 de la población de España tiene una oficina de farmacia en el municipio en que habita.



la prestación recibida a través de las oficinas de farmacia genera por lo común un alto nivel de satisfacción en el usuario (83).

Así las cosas, y como anticipaba, el debate acerca de la legitimidad o no del modelo español de ordenación farmacéutica se centra a mi entender en determinar si la limitación del número de farmacias y la reserva de la propiedad de las mismas a las personas físicas con la formación universitaria correspondiente, son medidas proporcionales para alcanzar el objetivo de contar con un elevado grado de protección de la salud. O dicho de manera más clara, de lo que se trata es de dilucidar si la liberalización del sector mediante la introducción de un régimen de *numerus apertus* y la aceptación de la titularidad a favor de personas jurídicas y de personas físicas no tituladas en farmacia, permitiría una asistencia farmacéutica de la misma calidad —ciertamente elevada— que la ofrecida en la actualidad por las oficinas de farmacia en España. Esta es en mi opinión la cuestión controvertida sobre la que tendrá que pronunciarse el TJCE en caso de que, finalmente, la Comisión Europea concrete la denuncia contra España por incumplimiento del Derecho comunitario.

Resulta sin duda arriesgado aventurarse en adelantar la posición que en su caso pueda adoptar el Tribunal de Justicia ante la problemática planteada. Ello no obstante, sí es posible aportar algunos datos e ideas para la reflexión sobre el tema que me ocupa. Para ello juzgo de utilidad prestar atención separada a los dos extremos del régimen español de ordenación farmacéutica cuestionados por la Comisión Europea. Este planteamiento sistemático obedece a la consideración de que los parámetros de razonamiento acerca de la legitimidad de la limitación del número de farmacias son diversos a los criterios a tener en cuenta en orden a valorar la adecuación de la reserva de la propiedad de las boticas a las personas físicas licenciadas en farmacia (84). De

---

(83) El Ministerio de Sanidad mide el grado de satisfacción de los usuarios de las oficinas de farmacia con arreglo a las reclamaciones presentadas por aquéllos; reclamaciones que son del 0.22 por 100 del total de las reclamaciones presentadas en España.

(84) No olvido que el Dictamen Motivado de la Comisión Europea también pone en tela de juicio la coherencia con la libertad de establecimiento contemplada en el art. 43 TCE, del art. 18 de la Ley Valencia 6/1998, de 22 de junio, de ordenación farmacéutica de Valencia, y de los arts. 4 a 10 del Decreto 149/2001, de 5 de octubre de desarrollo de dicha Ley, en la medida en que privilegian la experiencia como farmacéutico adquirida en el territorio de la citada Comunidad Autónoma, a afectos de acceder al otorgamiento de una autorización de farmacia. La inconsistencia jurídica de semejante previsión es tan evidente que no estimo preciso, en cambio, abundar en la misma. Sirva en todo caso traer aquí la valoración de que dicho precepto llevó a cabo el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valencia, en su Dictamen de 19 de septiembre de 2002 (núm. 420/2002), concerniente al Anteproyecto de Ley de modificación del art. 18 de la Ley 6/1998: «Se introducen como nuevos criterios de selección, que habrán de tenerse en cuenta para establecer el correspondiente baremo, los siguientes: “la experiencia profesional, en especial la desarrollada en la Comunidad Valenciana y en el ámbito rural” y “la valoración mediante una prueba

igual modo, el tratamiento separado de una y otra cuestión responde al hecho de que, a mi juicio, la falta de proporcionalidad de la tan reiterada reserva de titularidad para con la finalidad de garantizar un elevado nivel de calidad en la protección de la salud, se muestra más clara o, si se prefiere la expresión, menos matizable que en relación con la sujeción de la apertura de nuevas farmacias a la concurrencia de determinados cupos de población y de distancias mínimas.

## **B) La falta de proporcionalidad de la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de las personas físicas con la titulación correspondiente y de la prohibición de acumulación de farmacias**

Llegados al punto de abordar el estudio acerca de la proporcionalidad o no del régimen español de propiedad de las farmacias, conviene partir de los argumentos aportados por quienes sostienen que tanto la reserva de la propiedad de las boticas a favor de las personas físicas tituladas en farmacia, como la prohibición de acumulación de oficinas de farmacia por un único titular, están justificadas en la finalidad de garantizar un elevado grado de protección de la salud.

En esencia, los razonamientos utilizados en ese sentido —de manera fundamental por el Ministerio de Sanidad y Consumo en su ya citada Contestación al Dictamen Motivado emitido por la Comisión Europea— giran en torno a dos ideas inextricablemente vinculadas. Por un lado, y en lo que concierne a la exigencia legal de poseer la titulación en farmacia para poder acceder a la propiedad de una botica, se argumenta que la misma se fundamenta en que la actividad a desempeñar en este tipo de establecimiento sanitario incluye obligaciones de servicios mínimos y otras prestaciones de interés general que sólo las personas con la formación correspondiente pueden

---

escrita de los conocimientos de atención sanitaria y farmacéutica”. El primar, en especial, la experiencia profesional desarrollada en la Comunidad Valenciana no constaba en el primer borrador del Anteproyecto ni en la propuesta de iniciación del expediente, del Director General para la prestación farmacéutica al Conseller de Sanidad, de fecha 6 de mayo de 2002, habiéndose introducido al aceptarse alguna de las alegaciones formuladas durante el trámite de elaboración del Anteproyecto, justificándose su inclusión “por lo que ello supone de integración laboral y profesional y de conocimiento de la realidad sanitaria del territorio al que se refiere la profesión”. Este Consejo ya se pronunció al respecto en su Dictamen 494/2001, de 20 de noviembre, emitido en relación con el Proyecto de Decreto del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se establecen los criterios de selección aplicables en los procedimientos de autorización de una Oficina de Farmacia, señalando que “resulta constitucionalmente ilegítimo por atentar al principio de igualdad de todos los españoles, pues no se encuentra justificación razonable y suficiente para primar el ejercicio profesional en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana”».

desarrollar de manera eficaz y con las debidas garantías de profesionalidad. Por otra parte, en íntima conexión con la idea interior, se afirma que la interdicción legal de la acumulación de farmacias por un solo propietario obedece al doble designio de garantizar la plena dedicación de cada profesional a un único establecimiento, y de evitar la concentración horizontal en el sector, lo que podría vaciar de contenido el derecho de opción de los usuarios entre las farmacias de una misma localidad.

Los argumentos que acaban de quedar apuntados resultan a mi juicio, y dicho sea con los máximos respetos, poco consistentes. Con relación a la reserva de la propiedad de las boticas a favor de los titulados en farmacia, parece obvio que en ella subyace la a mi juicio acertada consideración de que las oficinas de farmacia no son exclusivamente —y si se me permite la expresión— «tiendas de medicamentos», sino que las mismas revisten una función de claro interés general y de notable trascendencia para la protección de la salud de las personas, función que sólo un titulado en farmacia está capacitado para desplegar de manera adecuada. Es evidente, al respecto, que las tareas que, junto a la dispensación de medicamentos, atribuyen los arts. 84.1 LGURM y 1 LSOF a las oficinas de farmacia (85), convierten al titu-

---

(85) Resulta de interés recordar aquí cuales son las funciones de las oficinas de farmacia a tenor de los citados preceptos. El art. 84 LGURM dispone que «En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, y cooperarán en él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente».

Por su parte, el art. 1 LSOF enumera los cometidos a desempeñar por las oficinas de farmacia en los términos siguientes: 1. La adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios. 2. La vigilancia, control y custodia de las recetas médicas dispensadas. 3. La garantía de la atención farmacéutica, en su zona farmacéutica, a los núcleos de población, en los que no existan oficinas de farmacia. 4. La elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, en los casos y según los procedimientos y controles establecidos. 5. La información y el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes. 6. La colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia. 7. La colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica y de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria. 8. La colaboración con la Administración sanitaria en la formación e información dirigidas al resto de profesionales sanitarios y usuarios sobre el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. 9. La actuación coordinada con las estructuras asistenciales de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Y 10. La colaboración en la docencia para la obtención del título de Licenciado en Farmacia, de acuerdo con lo previsto en las Directivas Comunitarias, y en la normativa estatal y de las Universidades por las que se establecen los correspondientes planes de estudio en cada una de ellas.

lado en farmacia en el profesional idóneo —cuando no el único académicamente formado— para su cumplimiento. Ello no obstante, una lectura atenta de los cometidos atribuidos a las farmacias por el antedicho art. 1 LSOF pone de manifiesto que poco tiene que ver su cumplimiento con el régimen de propiedad de la farmacia. En efecto, se trata de funciones o de labores cuyo correcto desempeño requiere la presencia de un licenciado en farmacia, pero que no exigen que el mismo sea, además, el propietario de la oficina de farmacia. O dicho con otras palabras, la propiedad de la farmacia no parece conllevar un valor añadido al correcto cumplimiento de los cometidos de incumbencia de las farmacias, de modo que su consecución queda suficientemente garantizada aunque sean llevados a cabo por farmacéuticos asalariados.

La conclusión que acabo de sostener en el párrafo precedente se encuentra, por lo demás, avalada por el TJCE, que en su Sentencia de 21 de abril de 2005 (86) ha declarado sin ningún tipo de ambages que la reserva de la propiedad de las ópticas a las personas físicas diplomadas en óptica resulta una medida desproporcionada para alcanzar el objetivo de protección de la salud pública y, por ende, contraria a la libertad de establecimiento regulada en el art. 43 TCE. Entiende en tal sentido el Tribunal de Justicia, que el mismo objetivo de protección de la salud «podría alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, por ejemplo exigiendo la presencia de ópticos diplomados asalariados y socios en cada óptica». Salvando las distancias que separan la actividad óptica de la actividad farmacéutica, es evidente que, en la medida en que analiza la proporcionalidad de una reserva de propiedad respecto de establecimientos como las ópticas, en los que está implicada la salvaguarda de la salud pública, los planteamientos de la STJCE comentada apuntan de manera clara a un reconocimiento del carácter desproporcionado de la reserva de propiedad de las farmacias a favor de los titulados en dicha disciplina.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, puntual conocedor del contenido de la STJCE de 21 de abril de 2005 que acaba de reseñarse, en su contestación al Dictamen Motivado de la Comisión Europea añade un argumento adicional a favor de la exigencia de la titulación en farmacia para poder acceder a la titularidad de una botica. El Ministerio afirma en concreto que la vinculación de la condición de propietario de farmacia a la necesidad de contar con el título académico correspondiente se justifica en la necesidad de garantizar la plena dedicación de cada profesional a un único establecimiento, con lo que ello implica de refuerzo de su responsabilidad frente a terceros derivada de una defectuosa prestación farmacéutica. Más exactamente,

---

(86) STJCE de 21 de abril de 2005 (asunto C-140/03, Comisión *vr.* Grecia).

se sostiene que abrir la posibilidad de que la función de dispensación de medicamentos se deje en manos de un farmacéutico asalariado —sin exigir que el titular sea farmacéutico— supondría que el titular de la farmacia se vería en la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil, toda vez que a él correspondería la obligación de resarcir los daños causados por su empleado. Ello tendría a su vez dos consecuencias. Por una parte, que el empleado, al no ser responsable directo de las consecuencias de su actuación, no tendría «los incentivos suficientes para incrementar la diligencia puesta en el ejercicio de su profesión, pues el coste de su responsabilidad está cubierto por el propietario». Y por otro lado, implicaría una reducción de la protección del usuario frente a daños ocasionados por una deficiente prestación farmacéutica, toda vez que al haber suscrita una póliza de seguros, el propietario de la farmacia no respondería con todo su patrimonio, sino sólo hasta donde alcanzase la indicada póliza de seguros.

Afirmar, como lo hace el Ministerio, que sólo el farmacéutico propietario será suficientemente diligente en la prestación farmacéutica es ciertamente elitista, al tiempo de injustificada e injusta desconfianza con respecto a la profesionalidad de aquellos licenciados en farmacia que trabajan por cuenta ajena. Al margen de estas consideraciones, la argumentación relativa a la responsabilidad demuestra, por lo demás, un claro desconocimiento del régimen de responsabilidad vicarial derivado del art. 1903 Cc, precepto éste que en su párrafo cuarto dispone que son responsables «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». De dicho precepto se deriva con meridiana claridad que el responsable de los daños causados por el farmacéutico empleado es el titular de la farmacia, quien responde con la totalidad de su patrimonio. Asimismo, hay que tener presente que la existencia de una póliza de seguro no reduce el nivel de protección del usuario, puesto que allí donde no alcance la póliza de seguro deberá responder el titular de la botica con su propio patrimonio. Y, en fin, en cuanto a la falta de diligencia del farmacéutico asalariado derivada del hecho de que la responsabilidad de su actuación recaiga sobre el propietario de la farmacia, basta recordar que sobre dicho farmacéutico asalariado pesa, además de la amenaza del despido, el posible ejercicio de la acción de repetición por parte del propietario de la farmacia, con arreglo a lo prevenido en los artículos 1.904 y 1.101 Cc (87).

---

(87) Recuérdese que el art. 1.904 Cc regula la acción de repetición que puede ejercitar el responsable por hecho ajeno frente al autor de la conducta causante de la lesión indemnizada. Dispone en concreto el párrafo primero del citado precepto del Código Civil, que: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho». Para una síntesis de la jurisprudencia acerca del régimen de ejercicio de esta acción de repetición pueden

Por último, no resulta ocioso observar cómo es la normativa interna española misma, la que en mi opinión contradice sus propios planteamientos pretendidamente justificativos de la conveniencia de reservar la propiedad de las boticas a los titulados en farmacia. Dicha contradicción se pone de manifiesto, en concreto, en aquellos supuestos, ciertamente numerosos, en que la legislación contempla la posibilidad de que se haga cargo de la oficina de farmacia un farmacéutico regente o un farmacéutico sustituto. No es éste el lugar adecuado para abordar un estudio detallado de los supuestos determinantes del nombramiento de uno de dichos farmacéuticos regentes o sustitutos. Sirva tan sólo apuntar que, en líneas generales, el farmacéutico regente es un farmacéutico no titular de la farmacia, pero que se hará cargo temporalmente de la misma en los supuestos de imposibilidad permanente o definitiva del propietario para ostentar y desempeñar las funciones propias de la botica (88). Por su parte, el farmacéutico sustituto es aquél que se nombra al objeto de que se haga cargo de la botica en sustitución del titular o del regente en situaciones transitorias de imposibilidad de los mismos (89). No cabe duda de que la previsión legal tanto de la regencia como de la sustitución están plenamente justificadas en la necesidad de que la atención farmacéutica no se vea interrump-

---

verse en las SSTS de 30 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5357) y de 4 de octubre de 1980 (RJ 1980/3614).

Por lo que se refiere a la incidencia del art. 1.101 Cc en el ámbito que nos ocupa, dicho precepto está sirviendo de argumento a la Jurisdicción de lo Social para legitimar la repetición del empresario frente a su empleado, reclamándole las cuantías satisfechas en concepto de indemnización de los daños causados por el citado asalariado. Una excelente muestra de la indicada línea de entendimiento la constituye la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Social, de 18 de abril de 2006 (AS 2006/1779), en la que puede leerse lo siguiente: «Cierto es que la ajenidad es una de las notas (acaso la genuina) del contrato de trabajo (art. 1 ET) y que comprende la ajenidad en los riesgos como obvio contrapeso de la ajenidad en los frutos a la que se refiere la doctrina científica y la jurisprudencial (STS de 29 de octubre de 1990), pero esta ajenidad en los riesgos (es decir, la no asunción por el trabajador, y sí exclusivamente por el patrón, de las pérdidas económicas que le produzca el trabajo) no se extiende a una exoneración de la responsabilidad, primaria, derivada de la negligencia o la transgresión de los deberes de obediencia y buena fe (art. 1 y 5 ET) que sujetan al trabajador que, se insiste, queda obligado a resarcir al empleador de los daños y perjuicios (responsabilidad civil, más bien se repite, responsabilidad laboral) causados por ello, conforme al citado régimen normativo civil general (art. 1101 del Código Civil), principalmente, aplicable en defecto de normas específicas laborales». La misma interpretación se sostiene en otros pronunciamientos como, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004, Sala de lo Social (JUR 2004/241433)

(88) Las causas que justifican el nombramiento de un farmacéutico regente son realmente numerosas, y varían de unas legislaciones autonómicas a otras. Para un recorrido exhaustivo por las previsiones al respecto de las normas de la totalidad de las Comunidades autónomas, véase el libro de María del Carmen VIDAL CASERO: *Derecho farmacéutico l...cit*, págs. 286-287.

(89) Para un análisis completo de los supuestos que justifican el nombramiento de un farmacéutico sustituto en las leyes autonómicas de ordenación farmacéutica, me remito nuevamente al trabajo de María del Carmen VIDAL CASERO: *Derecho farmacéutico l...cit*, págs. 296-299.

pidan por las circunstancias personales de los propietarios de las oficinas de farmacia. Ello no obstante, la existencia de ambas figuras constituye a mi juicio una muestra de que la garantía de una eficiente prestación farmacéutica pasa por que la misma sea desempeñada por un profesional con la titulación correspondiente, no siendo en realidad de tanta trascendencia que el mismo ostente, además, la propiedad de la botica (90).

### **C) El modelo de planificación territorial de las oficinas de farmacia y su cuestionable justificación en la necesidad de garantizar un elevado nivel cualitativo de la prestación farmacéutica**

Tras el análisis y toma de postura acerca de los términos en que se plantea la compatibilidad de la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de los farmacéuticos diplomados con la libertad comunitaria de establecimiento, procede abordar a continuación el mismo estudio en relación con el modelo español de planificación territorial de las oficinas de farmacia. Como se viene señalando a lo largo del presente trabajo, la indicada planificación territorial es posiblemente el aspecto que ha generado una controversia más constante y más intensa de cuantas envuelven o se han suscitado en torno al régimen jurídico de las farmacias. En la actualidad, el modelo español de limitación del número de boticas con arreglo a módulos de población y distancias mínimas se halla cuestionado por la Comisión Europea en los términos ya expuestos. Procede por ello prestar atención a los argumentos aducidos tanto por la doctrina como, señaladamente, por el Ministerio de Sanidad y Consumo en defensa del régimen jurídico diseñado en la materia por el ordenamiento español para, a continuación, aportar algunas reflexiones adicionales al debate

---

(90) Que la reserva de la propiedad de las farmacias a favor de los licenciados en farmacia no es en realidad tan importante como se sostiene por el Ministerio de Sanidad y Consumo y por quienes defienden el régimen de reserva de propiedad, se pone de manifiesto de manera especialmente clara en las disposiciones legislativas que prevén el nombramiento de un farmacéutico regente en los casos de sucesión *mortis causa* en la titularidad de la botica. En efecto, son muy numerosas las normas autonómicas que, ante la muerte de farmacéutico-propietario contemplan que se haga cargo de la farmacia un regente durante un determinado período de tiempo; lapso temporal que se otorga a los descendientes para que enajenen la botica a un farmacéutico diplomado. Igualmente, en algunas Comunidades Autónomas se dispone que si el heredero del causante se halla cursando estudios de farmacia al tiempo de producirse el fallecimiento, se nombre un regente durante determinado número de años que se otorga a dicho heredero para concluir su licenciatura y hacerse cargo de la botica. Como puede constatarse, en ambos casos, tras el óbito del farmacéutico-propietario, la propiedad de la farmacia no corresponde a ningún licenciado en farmacia. Y ello es así, no sólo durante el tiempo indispensable para adjudicar la titularidad de la botica a un nuevo farmacéutico a través del correspondiente concurso, sino durante períodos más amplios —de hasta varios años— motivados en la «espera» a favor de los herederos en lugar de en la calidad de la prestación farmacéutica.

sobre la proporcionalidad de dicho régimen en orden a alcanzar un elevado nivel de protección de la salud.

La defensa del modelo español de planificación territorial de las oficinas de farmacia se sustenta de manera fundamental en dos argumentos diversos. Por un lado, se aduce que la restricción del número de farmacias constituye una medida que garantiza la existencia de boticas abiertas en el medio rural. Se afirma en ese sentido que una eventual liberalización del sector tendría como consecuencia una concentración de las farmacias en las zonas urbanas —donde la rentabilidad económica es mayor— en detrimento de los municipios de poca población, que verían como sus farmacias se cierran al preferir sus titulares ejercer la profesión en las citadas áreas urbanas. Por otra parte, el modelo de restricción del acceso al mercado en materia de apertura de farmacias se intenta justificar en la idea de que un modelo liberalizado resulta incompatible con el régimen de financiación de los medicamentos y con la exigencia de que en las farmacias se cuente con determinadas existencias de medicamentos en el propio establecimiento. Se entiende al respecto que una proliferación de oficinas de farmacia impediría a muchas de ellas cumplir con las indicadas exigencias al no permitírsele su volumen de negocio, lo que a la postre redundaría, o bien en una mala prestación farmacéutica a sus clientes, o bien en el cierre.

Al hilo de los argumentos favorables a la restricción del número de farmacias que acaban de quedar apuntados en el párrafo precedente, es posible realizar algunas reflexiones o consideraciones que conducen a mi juicio a matizarlos o a arrojar ciertas dudas sobre su acierto. Con relación al argumento relativo al posible efecto de desatención farmacéutica de las zonas rurales que la liberalización podría traer consigo, no cabe duda de que, desde una perspectiva empresarial, resulta más atractiva una farmacia en un área urbana, con mayor población, que en una zona rural, donde los beneficios económicos habrán de ser en principio inferiores. Así las cosas, la apertura de las oficinas de farmacia al mercado puede en principio dar lugar a una suerte de «efecto llamada», de manera que titulares de farmacias rurales opten por cerrar sus boticas para establecer su negocio en áreas de mayor rentabilidad. Frente a este temor —el cual, ciertamente, no carece de cierto fundamento (91)— conviene hacer diversas consideraciones. Por un lado, no hay

---

(91) Conviene destacar que en España ya contamos con una experiencia de casi liberalización del establecimiento de las oficinas de farmacia, sin que la repercusión sobre la prestación farmacéutica en las áreas rurales haya sido tan nefasta como auguran los defensores del modelo de planificación territorial vigente. Me estoy refiriendo a la Comunidad Foral Navarra, que mediante su Ley 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica, el módulo poblacional mínimo para la apertura de nuevas farmacias es 700 habitantes, y las distancias mínimas en 150 metros. Pues bien, según se expone en el informe emitido en diciembre de 2005 por el Instituto Austríaco



que olvidar que las farmacias en áreas rurales, en el régimen actual de *numerus clausus*, constituyen negocios rentables o, de lo contrario, no habría —como de hecho hay— farmacéuticos dispuestos a ostentar la propiedad de las mismas. De ello se derivan a mi juicio dos ideas clave en el ámbito que me ocupa. De una parte, que si bien es posible que en un primer momento inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la liberalización se materializase el cierre de algunas farmacias de áreas rurales, dicho cierre debería ser en principio temporal, hasta que se saturase el número de farmacias de las áreas urbanas. O dicho con otras palabras, en la medida en que las farmacias rurales son rentables, la hipotética desatención en dichas áreas, en caso de producirse, quedará temporalmente acotada al período que tarde en saturarse el mercado en las áreas urbanas, lapso tras el cual la farmacia rural volverá a resultar atractiva para los profesionales del sector.

Por otro lado, juzgo de interés destacar que, en mi opinión, en la hipótesis de implantar un régimen de libre apertura de las oficinas de farmacia, el eventual cierre de algunas de ellas en zonas rurales no sería consecuencia tanto de la indicada liberalización, cuanto del mantenimiento de la actual prohibición legislativa de acumulación de farmacias por un solo propietario, que además ha de ser persona física titulada en farmacia. Entiendo, al respecto, que el posible establecimiento de algunos propietarios de farmacias rurales en áreas urbanas como consecuencia de la eliminación —o, en su caso, modulación— de los actuales criterios de planificación territorial de las oficinas de farmacia, no tiene por que entrañar el cierre de las farmacias rurales, siempre y cuando, de manera paralela a la liberalización, se diseñe un régimen que admita la acumulación de farmacias. Y si además de permitirse la propiedad múltiple de oficinas de farmacia se excluye la exigencia de ser persona física titulada en farmacia para acceder a la propiedad de las farmacias, entiendo que quedaría garantizada la continuidad de las farmacias de zonas rurales, toda vez que allí donde haya negocio habrá un empresario dispuesto a favorecerse de su explotación.

Como se ha indicado al inicio del presente apartado, la defensa del actual modelo español de planificación territorial de las oficinas de farmacias se apoya en un segundo argumento. Más exactamente se aduce que la definición de un modelo liberalizado en el sector es incompatible con el

---

de Sanidad, a petición de PGEU (Grupo Farmacéutico de la Unión Europea), y titulado: *La oficina de farmacia en Europa. Lecciones de la desregulación-estudio de casos concretos*, desde la entrada en vigor de dicha norma y hasta diciembre de 2005, en la Comunidad Navarra tan sólo se produjo el cierre en relación con ocho oficinas que estaban establecidas en áreas rurales.

Sobre el régimen navarro de ordenación farmacéutica véase el trabajo de Santiago CERVERA SOTO: *El modelo de atención farmacéutica en la legislación de Navarra*, en «Derecho y Salud», vol. 9, núm. 1, enero-junio de 2001, págs. 1 y sgs.

modelo de financiación de los medicamentos y con la exigencia de que las boticas dispongan en todo momento de determinadas existencias. Acerca de la financiación, conviene recordar que la legislación española establece un sistema de co-pago de buena parte de los medicamentos prescritos por el sistema público de salud, de tal suerte que un porcentaje del precio lo paga el usuario, corriendo el resto de cuenta de la Administración (92). Se sostiene por ello, que en la medida en que la parte del precio del medicamento que corresponde abonar a la Administración es adelantada por el farmacéutico hasta su posterior restitución por el sistema público de salud, la proliferación de farmacias haría que la facturación de las boticas se redujese hasta el punto de que a muchas de ellas les resultaría inviable asumir la citada fórmula de financiación.

Otro tanto se aduce en relación con el deber legal de que las farmacias dispongan de determinadas existencias mínimas (93). Se entiende en particular que, de incrementarse de manera sensible el número de farmacias, muchas de ellas no podrían asumir el coste económico que el mantenimiento de dichas reservas de medicamentos implica, circunstancia ésta que a la postre repercutiría en una mala prestación farmacéutica o incluso en el cierre de establecimientos.

Frente a las argumentaciones que acaban de quedar expuestas, cabe considerar que la imposición a las farmacias de deberes legales de anticipar parte del coste de los medicamentos y de disponer de determinadas existencias, son opciones de política sanitaria a mi juicio plenamente coherentes e irrenunciables si se quiere garantizar un elevado nivel de protección de la

---

(92) La regulación de la fijación y revisión de los precios de los medicamentos se contiene en la actualidad en el Título VII de la LGURM (arts. 88 a 97), parcialmente desarrollado por el Real Decreto 1338/2006, de 21 noviembre, por el que se desarrollan determinados aspectos del art. 93 de la LGURM. Por lo que se refiere al modelo de co-pago del precio final del medicamento entre la Administración y los usuarios, dispone el apartado 3 del Anexo V del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que la contribución del usuario en el precio del medicamento se determinará de conformidad con los criterios establecidos en el LGURM. En concreto, la citada disposición establece que la participación en el pago del medicamento a satisfacer por el usuario será, con carácter general, del 40 por 100 del precio de venta al público; cantidad ésta que se eleva al 10 por 100 y al importe íntegro en relación con determinados medicamentos y colectivos.

Para una aproximación más detallada al régimen de fijación de precios y de co-pago de los medicamentos, véase la monografía de David LANTARÓN BARQUÍN: *Asistencia sanitaria»: contenido...* cit, págs. 168-179.

(93) Conviene observar que la determinación de las existencias mínimas de medicamentos de las que han de disponer de manera permanente las oficinas de farmacia es competencia de las Comunidades Autónomas.

salud. Ello no obstante, el planteamiento según el cual dichas exigencias derivadas de la regulación de la actividad farmacéutica son incompatibles con el incremento del número de farmacias, es a mi juicio equivocado. Creo, por el contrario, que el razonamiento correcto pasa por determinar si en un régimen de apertura de farmacias liberalizado o, en su caso, menos restrictivo que el vigente, los deberes de financiación y de existencias mínimas de medicamentos pueden traducirse en una disminución del número de farmacias o en una distribución territorial de las mismas desigual, de modo que la calidad de la prestación farmacéutica y, por ende, el grado de protección de la salud, se resientan o reduzcan.

La respuesta a la cuestión que acaba de plantearse es a mi juicio negativa. El razonamiento que en mi opinión conduce a esta conclusión reside en la circunstancia de que, en el régimen actual de restricción del número de farmacias, y hablando en términos económicos y de beneficios empresariales, las boticas abiertas son sobradamente capaces de dar cumplimiento a sus deberes, tanto en lo relativo a la colaboración en la financiación de los medicamentos, como en lo concerniente a la disponibilidad de las existencias establecidas en la ley. Siendo así, es lógico suponer que una mayor apertura del mercado en el sector repercutiría, obviamente, en un incremento del número de farmacias, pero difícilmente en una reducción de dicha cantidad de boticas que pudiera redundar en una disminución de la calidad en la prestación del servicio. Por otro lado, los datos estadísticos sobre la facturación media de las oficinas de farmacia en España ponen de manifiesto que es posible un mayor reparto del negocio de dispensación de medicamentos sin temor a que la aparición de nuevas farmacias ponga en peligro la tan reiterada calidad de la prestación (94). Finalmente, si en la práctica alguna farmacia resulta inviable en las condiciones económicas y de desempeño de la actividad impuestas por el ordenamiento jurídico, la consecuencia de ello es que será expulsada del mercado, pero sin que ello repercuta en un empeoramiento del nivel de protección de salud.

Con todo ello quiere decirse que una mayor flexibilidad en el otorgamiento de autorizaciones de farmacia dará lugar, sin duda alguna, a la apertura de nuevas farmacias. De ello es buena muestra, por lo demás, la Comunidad Foral Navarra, que ha visto cómo tras la entrada en vigor de su Ley 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica, por la que se redu-

---

(94) Me parece relevante, en ese sentido, destacar el dato facilitado por el ya mencionado informe del Instituto Austriaco de Sanidad: *La oficina de farmacia en Europa...cit*, en cuya página 178 indica que «por término medio, una farmacia de España, tiene una facturación anual de cerca de 745.000 euros (datos para 2004), incluyendo medicamentos sin prescripción y productos farmacéuticos. La facturación media de la oficina de farmacia se ha duplicado en los últimos 10 años, siendo 5 veces mayor que en 1990».

ieron los módulos de población y las distancias mínimas a tener en cuenta para otorgar nuevas autorizaciones, se ha incrementado de manera sensible el número de dichos establecimientos. Pero ese incremento de farmacias no ha de significar necesariamente, en cambio, una desatención de las zonas rurales —pues ésta depende principalmente del régimen de propiedad y no del modelo de planificación—, ni en una disminución de la calidad prestacional —ciertamente excelente— que en la actualidad proporcionan las farmacias en España. Antes bien, considero que una liberalización del sector dará lugar, como en cualquier otro ámbito empresarial, a que tras el correspondiente incremento del número de farmacias —tal vez desproporcionado en un primer momento—, el propio mercado determine cuántas y cuáles de ellas pueden subsistir en una situación de rentabilidad económica adecuada, siendo el resto expulsadas del mercado. Todo ello en el bien entendido, repito, de que la realidad final de la distribución territorial de las oficinas de farmacia y, en particular, del nivel de calidad en la prestación farmacéutica, no se verán empeorados, sino, por el contrario, fortalecidos, amén de más y mejor repartido el negocio de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos.

#### **IV. LA INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR**

No conviene concluir el presente estudio sin prestar atención, sea siquiera brevemente, a la incidencia que la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como Directiva Bolkenstein, en referencia al Comisario holandés Frits Bolkenstein, que la impulsó, puede tener en materia de ordenación de las oficinas de farmacia. En lo que a nuestros efectos interesa, la indicada Directiva —que a tenor de su art. 44 debe ser transpuesta por los Estados miembros antes del 28 de diciembre de 2009— tiene como objeto principal establecer «las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios» (art. 1.1). Puede decirse, en suma, que la Directiva objeto de comentario pretende dispensar una regulación al sometimiento de las actividades de prestación de servicios a las reglas derivadas de la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE (95). En tal sentido es clave el art. 9.1, el cual

---

(95) Sobre el objetivo general de la Directiva Bolkenstein, véanse las valoraciones de Tomas-Ramón FERNÁNDEZ: *Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo*, en «Revista Española de Derecho Europeo» núm. 22, abril-junio de 2007, págs. 189 y sgs; y de Tomás de la

dispone que los estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan los cuatro requisitos que para excepcionar la reglas generales de la libertad de establecimiento ha formulado el TJCE, y que nos son ya conocidos: que las medidas restrictivas del libre acceso al mercado no sean discriminatorias, que estén justificadas en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para el fin perseguido, y que sean proporcionales a dicha finalidad (96).

Se da la circunstancia de que la propia Directiva establece que sus disposiciones no son de aplicación a los «servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado» [art. 2.2-f)]. Ello significa, en definitiva, que el régimen de apertura de oficinas de farmacia está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva Bolkenstein, toda vez que, como expresamente afirma el vigésimo segundo de sus Considerandos, en la referencia a los servicios sanitarios hay que considerar incluidos los servicios farmacéuticos (97).

La indicada exclusión de la ordenación farmacéutica del ámbito de aplicación de la Directiva podría ser identificada como un reconocimiento por parte de la Unión Europea —y en particular del Parlamento y de la propia Comisión, autores de la indicada norma comunitaria— de que la ordenación farmacéutica se desarrolla al margen de los designios de la libertad de esta-

---

QUADRA-SALCEDO JANINI: *¿Quo Vadis, Bolkenstein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?*, en «Revista Española de Derecho Europeo» núm. 22, abril-junio de 2007, págs. 237 y sgs. Interesa destacar que este último autor sostiene la interesante tesis según la cual la Unión Europea carece de competencias para emanar la indicada Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006.

(96) Juzgo de interés la referencia completa del citado art. 9.1 de la Directiva, toda vez que su lectura del mismo permite comprobar cómo el mismo no hace sino recoger los planteamientos de la jurisprudencia del TJCE acerca de las condiciones que deben mediar para que la normativa interna de los Estados miembros pueda excepcionar legítimamente el rigor de la libertad de establecimiento. El citado artículo dispone, así pues, lo siguiente: «Los Estados miembros solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

(97) Establece textualmente el Considerando 22 de la Directiva Bolkenstein, lo siguiente: «La exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio».

blecimiento. La consecuencia de esta interpretación sería obvia por demás, y es que los Estados miembros gozarían de libertad absoluta para regular el régimen de la apertura y de la propiedad de las oficinas de farmacia, sin más restricción que la prohibición de establecer medidas de acceso discriminatorias para el establecimiento de los titulados en farmacia comunitarios.

Frente a la anterior interpretación posible, entiendo que una lectura detallada de la Directiva Bolkenstein no permite sostener con la suficiente solvencia o consistencia que la ordenación farmacéutica quede «liberada» de la sujeción a la libertad de establecimiento. Creo más acertado entender, por el contrario, que el precitado art. 2.2-f) de la Directiva tiene una significación más modesta, ceñida a declarar que los servicios sanitarios no están afectados por la medidas de eliminación de las trabas al libre acceso al mercado que en ella se regulan, tales como, a simple modo de ejemplo, los mecanismos de simplificación administrativa (arts. 5 a 8) o el régimen de las autorizaciones otorgadas (arts. 9 a 15). Dicho con otras palabras, el hecho de que la propia directiva precise cuál es su ámbito de aplicación, y excluya del mismo a determinados sectores o actividades, no significa que los mismos no estén condicionados por la libertad de establecimiento. Significa simplemente que no están sujetos a la propia Directiva, sin perjuicio de que, por imperativo del propio art. 43 TCE, la regulación de las mismas deba desenvolverse dentro de los parámetros de aquella libertad, en los términos en que ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia.

La línea de entendimiento propuesta en el párrafo precedente —que a mi juicio se halla avalada por el propio texto de la Directiva (98)— lleva a afirmar que la Directiva Bolkenstein nada añade ni nada quita al sometimiento de la ordenación farmacéutica a la libertad de establecimiento, ni a los términos en que la indicada sujeción se concreta con arreglo a la jurisprudencia comunitaria.

---

(98) En efecto, a mi juicio, que la Directiva Bolkenstein no delimita el ámbito general de aplicación de la libertad de establecimiento, sino que tanto sólo regula el alcance de la misma en relación con los servicios enumerados en definidos en sus arts. 2 y 4.1, sin prejuzgar cuál pueda ser la incidencia de la citada libertad fundamental en otros sectores, se reconoce en su Considerando 7, a cuyo tenor: «La presente Directiva establece un marco jurídico general que beneficia a una amplia gama de servicios sin por ello descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistema de regulación. Este marco se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto a las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios...». Lógicamente, la posibilidad de armonización en materia farmacéutica no ha de ser posible, dado que, como se ha expuesto en este trabajo, la Unión Europea carece de competencias en materia de sanidad pública que se lo permitan.

## V. CONCLUSIONES

La exposición realizada a lo largo del presente trabajo pone a mi juicio de manifiesto que, como consecuencia del Dictamen Motivado emitido por la Comisión Europea, el modelo español de ordenación farmacéutica se encuentra en la actualidad en una situación de verdad comprometida. En efecto, no estamos tan sólo ante una posible denuncia por incumplimiento del Derecho comunitario europeo que, en caso de ser finalmente planteada y de ser estimada por el Tribunal de Justicia, se traduzca en la exigencia para el legislador español de hacer una adaptación puntual de su normativa. Por el contrario, lo que la Comisión Europea cuestiona es el modelo mismo de ordenación farmacéutica vigente en España. Ello significa que una declaración del TJCE en el sentido de que la normativa española sobre apertura y propiedad de las oficinas de farmacia es contraria a los designios de la libertad de establecimiento que el art. 43 TCE consagra, implicaría la exigencia de que por parte del legislador interno se llevase a cabo un replanteamiento de raíz de la vigente regulación del sector. Replanteamiento que, por imperativo comunitario, y como es obvio, debería abocar a la definición de un régimen jurídico de mayor liberalización de la apertura de boticas. Esta mayor liberalización debería estar en su caso marcada por dos notas identificativas. Por un lado, la eliminación de los módulos de población y de las distancias mínimas entre farmacias y, por otra parte, la admisión de la propiedad de las boticas a favor de personas jurídicas y físicas sin la titulación en farmacia, que podrían a su vez ostentar la propiedad de una pluralidad de los indicados establecimientos sanitarios.

El ordenamiento jurídico español se juega ante la Unión Europea, por tanto, su forma de entender la dispensación de medicamentos a la ciudadanía o, lo que es sinónimo, su tradición en materia de ordenación de oficinas de farmacia. La cuestión sobre la que me interesa incidir en estos párrafos finales del trabajo es, con todo, si lo que está en riesgo a causa de los planteamientos de la Comisión Europea expresados en su Dictamen Motivado es únicamente un modelo y una tradición o si, por el contrario, lo que a la postre está amenazado es el excelente nivel de calidad que la prestación farmacéutica ha alcanzado en nuestro país. En el primer caso, es decir, si la única consecuencia de un cambio de orientación normativa ha de ser la superación de un modelo normativo arraigado pero injustificadamente privilegiado para unos pocos —los farmacéuticos propietarios— no queda sino dar la bienvenida a las modificaciones que sean precisas. En cambio, si la liberalización de la actividad farmacéutica en los términos aludidos ha de poner en jaque el elevado nivel cualitativo de la prestación, de modo que se produzca una desigual distribución geográfica de las boticas y se deje en situación de desa-

tención a determinados colectivos de ciudadanos, la prudencia y el objetivo final de la protección de la salud recomiendan el mantenimiento del modelo de ordenación farmacéutica vigente.

Los argumentos a favor de una y otra postura han sido detallados a lo largo del trabajo. Todos ellos son, por supuesto, respetables y dignos de ser tenidos en cuenta, habida cuenta del interés público al que obedece la actividad desempeñada por las oficinas de farmacia. Por mi parte, he pretendido aportar algunas reflexiones que, entiendo, conducen a no mirar con temor la apertura de la actividad de dispensación de medicamentos al mercado. No procede reiterar en este apartado conclusivo las argumentaciones expuestas, creo que con detalle, en las páginas precedentes. Sirva tan sólo recordar que considero que en nada afectaría a la calidad de la prestación farmacéutica de la que disfrutamos, la admisión de la propiedad de las farmacias por parte de personas —físicas o jurídicas— sin la titulación en farmacia, siempre y cuando al frente de la actividad se colocase un farmacéutico titulado. Del mismo modo, entiendo que en nada perjudicaría a la calidad de la atención farmacéutica una eventual admisión de la acumulación de farmacias por un mismo propietario. Y ello es así toda vez que, en mi opinión, y por los argumentos esgrimidos, la correcta atención farmacéutica queda garantizada por la intervención de un licenciado en farmacia, siendo irrelevante a quién corresponda la propiedad del establecimiento.

Otro tanto puede decirse acerca de la significación que sobre la correcta distribución geográfica de las farmacias y, con ella, sobre la garantía del acceso de la población a los medicamentos, puede tener la eliminación o, en su caso, la flexibilización de los parámetros que presiden la planificación farmacéutica. En particular, hay razones que permiten sostener que una mayor libertad en la apertura de farmacias no tiene necesariamente que implicar el cierre de las farmacias de áreas rurales. De igual modo, parece evidente que un incremento del número de boticas y, por ende, de la competencia entre ellas, puede repercutir positivamente en la calidad de la prestación.

Las anteriores consideraciones no permiten, en cualquier caso, aventurarse a anticipar cual será la postura que llegado el momento, y si la Comisión opta finalmente por denunciar al Reino de España por incumplimiento del Derecho comunitario, pueda adoptar el Tribunal de Justicia. Ello no obstante, con independencia del futuro que la acción de las Instituciones de la Unión Europea pueda deparar al modelo español de ordenación farmacéutica, creo que el mismo está necesitado de una reflexión por parte de la Administración y del legislador internos. Una reflexión serena y distanciada de los intereses privados de las partes implicadas, y centrada en las repercusiones —positivas y negativas, pues de ambos tipos puede haberlas— que una mayor libe-



ralización del sector puede tener sobre la calidad de la prestación farmacéutica. Se trata por tanto de un proceso de estudio, de análisis y de valoración que va más allá, o que incluso es ajeno a planteamientos estrictamente jurídicos en torno a si el régimen actual de la ordenación de las oficinas de farmacia en España es o no acorde con el Derecho comunitario.

Es obvio, en fin, que si tras dicha reflexión, si se me permite la expresión, aséptica o libre de contaminaciones y prejuicios basados en la inercia de la tradición y los postulados de las partes, se llega a la conclusión de que el óptimo nivel cualitativo de la atención farmacéutica en España se resentiría por ello, deberían evitarse las medidas liberalizadoras. Pero si, por el contrario, se constata que la prestación farmacéutica saldría indemne, o tal vez reforzada, de la mayor apertura del sector al mercado, las indicadas medidas liberalizadoras deberían ponerse en marcha de inmediato. De no hacerlo así, podrán darse cuantas justificaciones se quiera. Podrá aludirse, en particular, al riesgo de desatención para los ciudadanos de las zonas rurales, se podrá seguir haciendo hincapié en la garantía de la protección de la salud. Pero la realidad será muy otra. La realidad será que el modelo de ordenación farmacéutica por el que se restringe el número de farmacias y se reserva la propiedad de las mismas a los farmacéuticos titulados no responde sino a la voluntad de favorecer injustificadamente a los titulados con farmacia abierta, garantizándoles la rentabilidad económica mediante el blindaje de su cuota de mercado resultante de la vigencia de un régimen de limitación del número de farmacias. Y esa protección de los farmacéuticos que ya han accedido a la propiedad de una botica se estará llevando a cabo en perjuicio o en detrimento de otros ciudadanos con legítimas aspiraciones e idénticos derechos profesionales y empresariales que los ostentados por los farmacéuticos propietarios. No debería olvidar el legislador español, en tal sentido, que por las mañanas el sol sale para todos, y que no le es dado al ordenamiento jurídico procurar que para algunos luzca con más intensidad que para otros, salvo que ello esté justificado por superiores intereses públicos.

# ANOTACIONES SOBRE LA REFORMA DEL MARCO COMPETENCIAL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

JAVIER GUILLEM CARRAU

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA.— III. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL Y LAS RECIENTES REFORMAS ESTATUTARIAS.— IV LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA REFORMA DEL ESTATUTO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.— V. CONCLUSIONES.*

*RESUMEN:* Este artículo pretende identificar cómo se han definido las competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana tras la reforma del 2006. En conexión con los argumentos de la doctrina científica sobre la materia, se han destacado los trabajos parlamentarios de la citada reforma.

*Palabras clave:* competencias autonómicas; Comunidad Valenciana; reforma de Estatuto; trabajos parlamentarios.

*ABSTRACT:* This article aims to identify how the devolved powers are defined by Statute of Valencian Community after its 2006's reform. In connection with the arguments set out by the scientific forums on this issue, the parliamentary works concerning the reform will be highlighted.

*Key words:* devolved powers; Valencian Community; Statute's reform; parliamentary works.

## I. INTRODUCCIÓN(\*)

El inicio de este comentario al marco competencial del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (en adelante, EACV) parte de la consta-

---

(\*) El presente documento sirvió de base para la preparación la intervención en la Ponencia relativa al marco competencial de los nuevos Estatutos de Autonomía, delimitación y nuevas competencias en las «Jornadas sobre los nuevos Estatutos en las Comunidades Autónomas de la Antigua Corona de Aragón», que tuvieron lugar los días 22 y 23 de noviembre en Zaragoza, organizadas

tación de que la reforma del EACV operada en 2006 ha sido la más amplia reforma del Estatuto hasta el punto de poder hablar de una nueva Norma Institucional Básica para la Comunidad Valenciana (1). En cuanto a la cuestión competencial, el preámbulo de la propuesta de reforma anuncia que se trata «...de una reforma sustancial que permita disponer de un Estatuto que, dentro del marco constitucional, esté equiparado al más alto nivel».

Las anotaciones que se realizan a continuación complimentan la intención de identificar, respecto al marco competencial del EACV, la técnica normativa elegida para abordar la cuestión y las consecuencias que dicha opción haya podido tener en el contenido competencial que definitivamente ha recogido la norma estatutaria. Entre los elementos interpretativos escogidos para esta tarea, junto a la doctrina científica, debe destacarse la remisión continua a los avatares de la propuesta en su camino parlamentario (2).

---

por la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón. De acuerdo con lo anterior, quiero dejar patente el honor de haber participado en las citadas Jornadas y la felicitación, en particular, al equipo de trabajo de dicha Vicepresidencia y, en concreto al Ilmo. Sr. D. Xavier De Pedro. En todo caso, quiero hacer patente mi agradecimiento a mi compañero, Letrado de las Cortes Valencianas, Francisco J. Visiedo Mazón, por su ayuda tanto en la asistencia realizada en la Comisión de Estudio sobre la reforma del Estatuto y la consolidación del autogobierno como en la Comisión de Coordinación, Organización y Régimen de las Instituciones de la Generalitat Valenciana, Comisión Legislativa Permanente de Les Corts que ha tramitado la Proposición de Ley Orgánica de Reforma del EACV.

(1) Las reformas del EACV anteriormente efectuadas afectaron, la primera en 1991, al artículo 12.4, efectuada, y, la segunda en 1994, dio lugar a la aprobación de dos Leyes Orgánicas, la de reforma del EACV y la de derogación de la Ley Orgánica de Transferencias a la Comunidad Autónoma Valenciana de Competencias de Titularidad Estatal (LOTRAVA). Entre otros, véase RIPOLLÉS SERRANO, M<sup>º</sup> R.: «Aspectos técnico-jurídicos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana», en *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, nº 12 (2002). Extraordinario.

(2) Sobre los aspectos singulares de los debates y trámites parlamentarios de la reforma, véase: GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN F.: «Novedades en los trabajos parlamentarios de la nueva reforma del Estatuto», en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta, 2007, pp. 149-172; «Los trámites parlamentarios y sus consecuencias en el contenido material de la reforma del EACV», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 18, 2007, pp. 165-194; «La reforma del Estatuto Valenciano: un camino concluido», en *Un Estatuto para el siglo XXI, Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, nº 47, primer/segundo trim. 2005, pp. 141-180; «Tramitación de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía: Un nuevo Estatuto» en *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 4, jul./dic 2005, pp.205-226; «La reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana: estrategia de comunicación y participación de la sociedad valenciana», en *Participación, democracia y voto a través de las nuevas tecnologías*, dir. Lorenzo Cotino Hueso, Comares 2006, pp. 265-280; «Crónica de la Reforma del EACV» en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1, 20006, www.iustel.com, pp.237-266; «Estudio y tramitación de la reforma del EACV» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 16, 2005; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: *Reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana: trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Departamento de Publicaciones, 2006; y «Informe sobre la propuesta de reforma del EACV», *Revista de las Cortes Generales*, nº 63, p. 223 y ss.

## II. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA

Con carácter preliminar, conviene señalar el carácter «consensual» de la reforma, dado que está avalada por dos de los tres grupos parlamentarios con representación en las Cortes Valencianas, que, a su vez, han garantizado la tramitación del texto en las Cortes Generales (3). Las cuestiones sobre las que no existió consenso quedaron de manifiesto en la tramitación parlamentaria, tanto en las Cortes Valencianas como en las Cortes Generales (4).

---

(3) Los intervinientes en el proceso de elaboración de la reforma han destacado que el conjunto de acuerdos contenidos en la reforma se logra tras un intenso proceso de consulta y debate con los representantes de los más diversos sectores de la sociedad civil y de las diferentes instituciones políticas, culturales, económicas y sociales de la Comunidad Valenciana, que ha incorporado el empleo de las TICs. A este respecto, se han destacado los trabajos de la Comisión especial de estudio de una posible reforma del EACV y consolidación del autogobierno de las Cortes Valencianas que configuró un detallado y ambicioso Plan de Trabajo que comprendió colaboraciones, participación, asesoramiento de expertos y entrevistas con las entidades más representativas de la sociedad valenciana. Cabe reseñar los comentarios al Estatuto realizados, entre otros, por los Síndics de los Grupos Parlamentarios de Les Corts en la VI Legislatura: RIBO CANUT, J.: «La reforma de l'Estatut d'Autonomia valenciana: una oportunitat perduda» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 77-90; PLA I DURÀ, I.: «El nou Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana: la perspectiva socialista» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p.65-75; y CASTELLANO GÓMEZ, S.: «El Estado de las Autonomías: un modelo vivo y eficaz» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 43-63. No obstante, ha de hacerse constar que la tramitación de la reforma estatutaria no contó con el apoyo de uno de los grupos parlamentarios que conformaban la Cámara autonómica y tampoco con la unanimidad en las Cortes Generales, hecho que se reflejará también las referencias a los contenidos de la reforma. Como señala la doctrina nos encontramos ante cuestiones cuyo método de tratamiento, contenidos y desarrollo, no se atienen a los parámetros habituales de lo jurídico y llevan implícitas la emisión de determinados juicios y reflexiones que pueden apropiadamente considerarse como políticos, lo que no quiere decir, en modo alguno, que deban ser también partidistas (EMBIU Irujo, A.: «Balance del Estatuto de Autonomía de Aragón y aspiraciones de reforma», en Monografía VIII, de esta REVISTA, Zaragoza, 2005, pp. 147-170).

(4) Es buena muestra de ello la enmienda a la totalidad, con texto alternativo, por el Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-E. Valenciana: Entesa. Tras su publicación, tuvo lugar su debate en el Pleno de las Cortes Valencianas de 20 de junio de 2005 (Diario de Sesiones de las Cortes Valencianas núm. 96, de 20 de junio de 2005) y la defensa de la enmienda a la totalidad fue realizada por el Síndic del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-E. Valenciana: Entesa, quien presentó un texto alternativo de 89 artículos, 5 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias y una disposición final. En esta enmienda a la totalidad existían Títulos de la proposición de ley en los que sólo había modificaciones parciales por estar sustancialmente de acuerdo con su contenido (III, IV y los relacionados con la UE y la cooperación internacional). El defensor de la enmienda, Síndic del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-E.Valencia:Entesa, incidió en los ejes que fundamentaban la enmienda a la totalidad: deficiencias democráticas en la definición de ciudadanía valenciana; en el mantenimiento de la barrera electoral; el sistema de financiación planteado; los aspectos de denominación, lengua y personalidad del pueblo valenciano; y lo relativo a ayuntamientos y Administración Local. Posteriormente, en el Congreso, tras la votación favorable en el debate a

El EACV, como norma institucional básica, establece los elementos constitutivos e identificativos de la Comunidad Valenciana (denominación, territorio, lenguas, bandera e himno), así como los principios que rigen la política social y económica. Debe destacarse que, por un lado, se cita al valenciano como la lengua propia de la Comunidad y, por otro, se realiza la declaración de la oficialidad del idioma valenciano y del castellano, con el reconocimiento del derecho de uso de ambas y la especial protección y respeto a la recuperación del idioma valenciano.

Con causa en la reforma de 2006 se ha introducido en este Título I la referencia a la identidad diferenciada como «nacionalidad histórica» de la Comunidad Autónoma dentro de la unidad de la nación española; incorporando también la referencia a los valores de la Unión Europea concretando el contenido de la condición política de valenciano; la aplicación del Derecho Civil Foral valenciano y la realidad de los ciudadanos de la UE residentes en la Comunidad Valenciana. Con relación a la lengua propia de la Comunidad Valenciana, esto es el valenciano, se hace mención expresa en el nuevo artículo sexto a la Acadèmia Valenciana de la Llengua como «Institución normativa del idioma valenciano» (5).

Con carácter innovador, como resultado de la reciente reforma, se introduce un nuevo Título II bajo la rúbrica «De los Derechos los Valencianos y Valencianas» que hace referencia tanto a los derechos, deberes y libertades reconocidos en la Constitución Española como en el Ordenamiento de la Unión

---

la totalidad, las enmiendas no aprobadas en Comisión (D.S. Comisión Constitucional, Congreso de los Diputados Núm. 468 de 02/02/2006) fueron debatidas junto al Dictamen de Comisión (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-196-11 de 06/02/2006) ante el Pleno (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-196-12 de 08/02/2006 Pág.: 179) serían rechazadas en Sesión celebrada el 15 de febrero de 2006 (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-196-13 de 15/02/2006; D.S. Pleno, Congreso de los Diputados Núm. 148 de 09/02/2006). En cuanto a las enmiendas presentadas en el Senado (BOCG. III B, 10(b), 3-Marzo-2006), la defensa de las mismas fue planteada en los mismos términos tanto en la Comisión General de las Comunidades Autónomas como en el Pleno de la Cámara baja, donde se alternaron las intervenciones de los portavoces del grupo mixto y otros grupos minoritarios, que cuestionaban, básicamente, los temas de simbología e identidad contenidos en el Estatuto, con la de los dos grupos mayoritarios que avalaban el texto precedente del Congreso de los Diputados como reflejo del consenso social y político (D.S. Comisión General de las Comunidades Autónomas núm. 750, 6-marzo-2006 y D.S. Pleno, núm. 73 de 8-marzo-2006). Véase: GUILLEM CARRAU, J. Y VISIEDO MAZÓN F.: «Los trámites parlamentarios...», p. 165 y ss.

(5) Al respecto, véase los comentarios realizados respecto a la identidad diferenciada SIMÓ SANTONJA, V.L.: «Título Primero: la Comunitat Valenciana (artículos 1 a 7) en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 287-300; por BAÑO LEÓN, J.M<sup>o</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto Valenciano en el marco de la reforma territorial», en Monografía VIII de esta REVISTA, Zaragoza, 2005, pp. 243-278; y sobre las novedades en el Título I por GARCÍA EDO, V.: «Derecho foral e identidad valenciana. Comentarios al Título I del Estatuto de Autonomía» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 301-321.

Europea y los instrumentos internacionales de protección de los mismos. Entre otras cuestiones novedosas, se contempla específicamente el derecho al agua de calidad y al aprovechamiento de los excedentes de otras cuencas de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal, derechos del sector agrario valenciano, de la protección del medio ambiente y al desarrollo de políticas activas de infraestructuras y el compromiso de elaborar una Ley-Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana (6).

---

(6) Esta cuestión no ha estado exenta de polémica doctrinal respecto a la reforma del EACV y el resto de las reformas estatutarias que le han seguido. La decisión de incorporar una lista amplia de derechos de contenido esencialmente social no puede ser tomada desde una visión aislada de cada Estatuto, ya que puede verse afectado el principio de igualdad y el de reserva de Ley Orgánica, en la medida en que se vean afectados derechos fundamentales (ORTEGA, L.: «Reforma constitucional y reforma estatutaria», en Monografía VIII de esta REVISTA, Zaragoza, 2005, pp. 37-94). Se parte de la idea de que los derechos no son materias competenciales (MONREAL, A.: «Estado de las Autonomías, reformas estatutarias y mutación constitucional», en *El Futuro del modelo de Estado*, coord. por ÁLVAREZ CONDE, IMAP, Madrid, 2007, pp. 267-291, p. 289). Sobre la polémica introducción de las declaraciones estatutarias de derecho, nos remitimos principalmente al debate en la Revista de Derecho Constitucional entre los profesores Luis María Díez-Picazo y Francisco Caamaño [DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M.: «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 81 (2007); p. 63-70]. Sánchez Ferriz dando por superada la polémica sobre la inclusión de la carta de derechos en el Estatuto, invita a reflexionar sobre su significación política y jurídica, así como sobre la naturaleza de sus contenidos. En especial, destaca la profesora que habida cuenta de la diversidad de derechos, se exigiría una particular consideración de la naturaleza jurídica de cada uno de ellos y, muy especialmente, de la eficacia de cada una de las disposiciones contenidas en el Título II, cuya técnica jurídica dista mucho de la tradicional tabla de derechos (SÁNCHEZ FERRIZ, R.: «Comentario al Título II del EACV de 2006, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 367-385). Respecto a esta carta de derechos, un sector de la doctrina considera que el Estatuto contiene una auténtica carta de derechos y libertades que, con una relación poco sistemática, puede ser considerada como un conjunto de principios rectores caracterizados por una remisión constante a la Constitución y a los Tratados Internacionales y sin mecanismo específico de garantía de los mismos (ÁLVAREZ CONDE, E.: «Reflexiones sobre la reforma constitucional y los actuales procesos de reformas estatutarias» en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, pp. 43-67) y otro los define como normas de contenido valorativo-hermenéutico que sirven de ayuda al juez en la interpretación de las leyes frente a la actuaciones de la Administración (BAÑO LEÓN, J.M.: «El Estatuto de Autonomía en el Ordenamiento estatal y en el autonómico» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 53-73). Por otra parte, esta novedad es destacada también por la doctrina que consideró altamente recomendable que el Estatuto contenga una declaración de derechos que, no siendo coincidente con la de la Constitución, integre derechos de la Carta del extinto Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Comparecencia ante la Ponencia de les Corts Valencianes, disponible en [http://www.cortsvalencianes.es/Comparecencias?id\\_nodo=4148&accion=1](http://www.cortsvalencianes.es/Comparecencias?id_nodo=4148&accion=1)). Asimismo, este reconocimiento posibilita una protección multinivel de los derechos: nivel supraestatal, nivel estatal y nivel infraestatal (CATALÀ I BAS, A.: «Estatuto Valenciano y construcción del Estado social» en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, pp. 175-204). Destaca Tur Ausina la problemática de la alusión a un procedimiento procesal específico de tutela para los derechos estatutarios, es decir, una especie de amparo autonómico, ante el que la doctrina se encuentra dividida. A la vista de ello, los instrumentos de tutela

Seguidamente, el Estatuto se ocupa del conjunto de instituciones de auto-gobierno de la *Comunitat* que constituyen la *Generalitat*: *Les Corts Valencianes* o *Les Corts*, el *President*, el *Consell* y las demás instituciones que determina el Estatuto, como el *Síndic de Greuges* —alto comisionado de las Cortes para la defensa de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en el Estatuto en las actuaciones de la administración pública de la *Generalitat*, de las autoridades y personal, de los organismos autónomos y de los entes locales— y el *Consell Valencià de Cultura*, encargado del asesoramiento de las Instituciones Públicas de la *Generalitat* en materias que afecten a la cultura valenciana y de la defensa y promoción de los valores lingüísticos y culturales valencianos. Asimismo, la *Sindicatura de Comptes* —con precedente en el *Mestre Racional* creado por Pedro el Grande en 1283, realiza el control externo de la gestión económico-financiera del sector público valenciano y de sus cuentas— y el *Comité Econòmic i Social* —previsto como Consejo en el Estatuto, actúa como órgano consultivo del gobierno e instituciones públicas en materias económicas, sociales, laborales y de empleo— se regulan estatutariamente junto a las disposiciones relativas a la Hacienda y el Patrimonio de la *Generalitat*.

Tras la reforma de 2006, aparecen ya relacionadas en este Título como instituciones estatutarias el *Consell Juridic Consultiu*, cuyos dictámenes son preceptivos en los anteproyectos de reforma del EACV, de leyes, de proyectos de decretos legislativos y reglamentos, así como para la interposición de recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias y la *Acadèmia Valenciana de la Llengua*, que nació con el objetivo de determinar una norma lingüística del idioma valenciano y velar y defender su entidad (7).

---

procesal de los derechos no se consideran un elemento federalizado ni susceptible de federalización de acuerdo con el marco constitucional (TUR AUSINA, R.: «La introducción de un Catálogo de Derechos en el nuevo EACV» en *Un Estatuto para el siglo XXI*. Revista Valenciana d'Estudis Autònoms, pp. 181-258; Sevilla Merino ha destacado los aspectos de esta carta de derechos del Estatuto que pueden considerarse favorecen la igualdad de las mujeres (SEVILLA MERINO, J.: «Los derechos de las valencianas en el nuevo Estatuto de Autonomía» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 205-235). Es interesante a estos efectos el planteamiento de la cuestión realizado por Gómez-Ferrer Morant que coteja esta carta de derechos con los principios de unidad e igualdad (GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Los principios de unidad y autonomía en el EACV» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 17-53). En cualquier caso, se comparte que la incorporación de derechos a los Estatutos implica la introducción de una cualificada vinculación al legislado autonómico, que se ve comprometido a promover su desarrollo de acuerdo con las disposiciones estatutarias, esto es, respetando el contenido concreto atribuido a los mismos en la propia norma institucional básica, en el marco de la Constitución (PORRAS RAMÍREZ, J.M.: *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho*, Cuadernos Civitas, 2007, p. 31).

(7) En este punto, se destaca por un sector de la doctrina como la única novedad que merece una valoración positiva la exigencia de un quórum reforzado para aprobar las leyes autonómicas de regulación de esas «Instituciones» (BLANQUER CRIADO, D.V.: «Las otras Instituciones de la Generalidad» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 189-219).

Precisamente, respecto a *Les Corts Valencianes* o *Les Corts*, a las que se reconoce inviolabilidad y que gozan de autonomía, la nueva redacción de 2006 fija su composición en un número no inferior a noventa y nueve diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en la forma que determina la Ley Electoral Valenciana (8).

Asimismo, han tenido que incluirse referencias a la disolución y convocatoria de nuevas elecciones, mediante Decreto del *President*, en la medida en que se ha previsto, en la nueva redacción, la posible disolución de la Cámara por el *President*, antes de cumplirse los cuatro años para las que son elegidas. De igual modo, se ha dispuesto la posibilidad de proponer, de acuerdo con la legislación del Estado, la celebración de «Consultas Populares» en el ámbito de la *Comunitat*. Por lo que se refiere al *Consell* ya no se limita el número de integrantes de este órgano colegiado de gobierno manteniéndose, en lo demás, una redacción similar a la del Estatuto de 1982, ampliando su capacidad normativa con rango de ley y manifestando un *desideratum* de aforamiento penal y civil para los consejeros idéntico al de los diputados (9).

Sobre el régimen jurídico, el Estatuto dispone la aplicación del Derecho Valenciano en materias de competencia exclusiva con preferencia a cualquier otro. En cuanto a la producción normativa de *Les Corts Valencianes*, el Estatuto establece que revestirá la forma de Ley de la *Generalitat* y que queda

---

(8) Respecto al régimen electoral, en la tramitación parlamentaria en el Congreso fue eliminada la referencia directa a la conocida como barrera electoral. Este hecho generó un debate doctrinal sobre la vigencia de la misma, presente en la Ley Electoral autonómica, que abocó a la interposición de sendos contenciosos contra el Decreto de disolución de las Cortes y convocatoria de comicios cuya resolución parece haber perdido interés mediático y doctrinal debido a los resultados porcentuales obtenidos por las candidaturas que se presentaron a los comicios autonómicos de 2007. Véase: BAÑO LEÓN, J.M.<sup>º</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 251, op. cit.; FELIP, J.M.<sup>º</sup>: «El sistema electoral valenciano en la Ley Orgánica 1/2006, de EACV» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 117-144; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Sobre la necesidad de una reforma de la Ley Electoral Valenciana» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 121-147.

(9) La doctrina ha destacado estas novedades de la reforma del EACV respecto a otras reformas coetáneas puesto que en anteriores reformas estatutarias no se había procedido a la modificación de su organización institucional (ÁLVAREZ CONDE, E.: *Reflexiones sobre...*, p. 55, op. cit.). En particular, respecto a la Institución parlamentaria, véase: AGUILÓ LUCÍA, I.: «Les Corts» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 157-219; y MARTÍN CUBAS, J. y SOLER SÁNCHEZ, M.: «Las instituciones políticas de la Comunidad Valenciana tras la reforma del Estatuto de 2006», en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, pp. 207-223. En cuanto al *Consell*, una parte de la doctrina es especialmente crítica con la articulación de la posibilidad de dictar Decretos Ley autonómicos y la extensión de privilegios e inmunidades a los ejecutivos (BAÑO LEÓN, J.M.<sup>º</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 263 a 270, op. cit.) y otra parte confirma su compatibilidad con el Ordenamiento constitucional (BOQUERA OLIVER, J.M.: «Las fuentes del derecho valenciano» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 73-91).



excluida del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, estando tan sólo sujetas al control de constitucionalidad.

Respecto a las competencias configura una Comunidad Autónoma con un nivel más amplio que el que le correspondía mediante la vía de acceso a la autonomía por el artículo 143 de la Constitución española, y con una estructura institucional de autogobierno plena. La cuestión del máximo techo competencial fue debatida sobre todo durante la toma en consideración de la Proposición de Reforma del EACV ante el Pleno de Les Corts aunque a la propuesta de reforma se le realizaron modificaciones a su paso por el Congreso (10). Como ya hemos indicado en la introducción, como el propio Preámbulo indica, se trata «...de una reforma sustancial que permita disponer de un Estatuto que, dentro del marco constitucional, esté equiparado al más alto nivel».

Es significativo realizar una mención más extensa de las referencias estatutarias a la Administración de Justicia (Capítulo V del Título III y artículo 49.1.36). La competencia sobre Administración de Justicia se afirma sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.5 de la Constitución. Dicho precepto atribuye esa competencia al Estado en exclusiva (11). Por eso, llama la atención a un sector de la doctrina desde el punto de vista de la técnica normativa que dentro del Título de Instituciones de la Generalitat se incluya el Capítulo V dedicado a la Administración de Justicia, aunque se ha valorado como respetuoso con el principio de unidad tal y como ha sido delimitado por la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial (12).

---

(10) Véase, a modo de ejemplo, el Diario de Sesiones de la reunión de constitución de la Comisión de Estudio para la reforma del Estatuto de la VI Legislatura de las Cortes Valencianas. En dicha reunión, el Presidente de la Comisión, José Cholbi Diego, constató en sus palabras de agradecimiento por la responsabilidad encomendada que los trabajos de la Comisión especial no podían defraudar al pueblo valenciano al que deberían reconocérsele las máximas competencias que puedan reconocérsele en el marco constitucional español, y coincidir en la firme voluntad de modificación de los Estatutos de Autonomía del presidente del Gobierno y de los líderes de la oposición tanto en el Congreso y el Senado como en el ámbito autonómico [véase: Diario de Sesiones. Comisión no permanent especial de d'estudi per a una posible reforma de l'estatut d'autonomia i la consolidació del autogovern. VI Legislatura, núm. 1 (año 2004)]. Respecto al debate de la toma en consideración de la iniciativa en las Cortes Valencianas, véase el Diario de Sesiones de las Cortes Valencianas, núm. 93, de 3 de junio de 2005.

(11) Se destaca por la doctrina que el EACV contenía ya disposiciones sobre esta cuestión que fueron interpretadas por el TC en sus Sentencias 56/1990 y 62/1990, que establecen el sentido del concepto administración de justicia y precisan los límites de las competencias de las CCAA en la materia. Véase: PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 263, op. cit.

(12) En este sentido véase: GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Los principios de unidad y...», p. 35, op. cit.; ORTELLS RAMOS, M.: «La Administración de justicia» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 323-398, p. 324. En este Capítulo se establece que para la convocatoria de oposiciones se tendrá en cuenta el conocimiento del idioma valenciano y la especialización

Acudiendo al texto estatutario, en relación con la administración judicial, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana es el órgano jurisdiccional en el que culmina la organización de la misma en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y crea doctrina en todos los órdenes de acuerdo con el sistema de instancias establecido en la legislación del Estado. Asimismo, se determina que la colaboración entre la Sala de Gobierno del TSJCV y la Conselleria competente en materia de justicia será «a través de la Comisión Mixta», que deberá crearse a tal efecto. Al igual que en otras reformas estatutarias coetáneas, se señala que una Ley autonómica determinará estructura, composición, nombramiento y funciones del Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana de acuerdo con la LOPJ (13).

---

en el Derecho Civil Foral Valenciano. En cuanto a las facultades y funciones atribuidas a la Generalitat, en relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, queda especificado que ejercerá en la Comunitat Valenciana, todas las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconozca o atribuya al Gobierno del Estado. De igual modo, es competencia de la Generalitat la fijación de la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de su capitalidad. La Generalitat participará también, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial en la creación o transformación del número de secciones o juzgados en el ámbito de su territorio. En este contexto, la Generalitat deberá coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, en especial en la del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y, con carácter general, proveer de medios personales, materiales y económicos a la Administración de Justicia. En cuanto a la ordenación de los servicios de justicia gratuita, podrán prestarse directamente o en colaboración con los colegios de abogados y las asociaciones profesionales. Respecto a la competencia de los órganos jurisdiccionales en la Comunitat Valenciana, ésta comprende el conocimiento y resolución de todos los litigios que se sustancien en la Comunitat Valenciana, en los órdenes jurisdiccionales en los que así proceda, en las instancias y grados determinados por la legislación del Estado. En conexión temática con lo afirmado, en materia de Derecho civil foral valenciano, los órganos jurisdiccionales en la Comunidad Valenciana tienen atribuido el conocimiento de los recursos de casación y de revisión, como competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, así como los recursos de casación para la unificación de la doctrina y el recurso en interés de ley en el ámbito Contencioso-Administrativo cuando afecten exclusivamente a normas emanadas de la Comunitat Valenciana. En materia de Derecho estatal y en los órdenes jurisdiccionales que la legislación estatal establezca, le corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, por la vía procesal pertinente, la fijación de la doctrina, sin perjuicio de la competencia del Tribunal Supremo. Asimismo, el Estatuto establece que la resolución de las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales en la Comunitat Valenciana». Por último, el Estatuto precisa que la Policía Judicial se organizará al servicio, y bajo la vigilancia, de la Administración de Justicia de acuerdo con lo que regulan las Leyes procesales.

(13) Dicho Consejo no puede entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto de acuerdo con lo expuesto por el TC en su Sentencia 56/1990, ni participar en el ámbito administrativo reconocido por la LOPJ a otros órganos. Al respecto, véase: AGUIAR DE LUQUE, L.: «Poder Judicial y reforma estatutarios» en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1, 2006, www.iustel.com, pp.55-95, y «El futuro del modelo de Estado: poder judicial y reformas estatutarias y legales. ¿Estamos en presencia de una transformación en el Estado autonómico? en *El Futuro del modelo de Estado*, IMAP, Madrid, 2007, pp. 229-265; BAÑO LEÓN, J.M<sup>º</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estado...», p. 272, op. cit.; BORRELL MESTRE, J.: «Justicia y Comunidades Autónomas» en *Revista espa-*

Respecto a la administración local (artículos 63 y 64 y 51.1.7), junto al reconocimiento del principio de autonomía de las corporaciones locales, el Estatuto establece la reserva de ley para delegaciones de ejecución de funciones y competencias en Ayuntamientos, así como para determinar la división comarcal del territorio de la Comunidad (14). Tras la reforma del 2006, la Federación Valenciana de Municipios y Provincias aparece reconocida como órgano consultivo y deliberante para determinar las bases y métodos de participación de la administración local. Asimismo, se dispone que con los mismos criterios que a escala estatal, sobre la base del principio de subsidiariedad será creado por Ley de Les Corts el Fondo de Cooperación Municipal de la CV (15).

De igual modo, cabe destacar que el EACV contiene dos nuevos Títulos referidos a las relaciones con el Estado y con las otras Comunidades Autónomas (16)

---

*ñola de la función consultiva.* – N. 4 (jul.-dic. 2005), p. 137-159; MAGRO SERVET, V.: «Comunidades Autónomas y poder judicial» en *La Constitución Española, XXV Aniversario*, Generalitat Valenciana, 2003, pp. 331-353; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 269, op. cit.

(14) En este contexto, se incorpora a las competencias de la Generalitat las de ejecución de la legislación del Estado en relación con las autorizaciones de endeudamiento de los entes locales de la Comunidad Valenciana de acuerdo con lo que determine la legislación del Estado. Conviene destacar que, en las Cortes Generales, se eliminó la obligación preceptiva de informar por la Comisión Mixta entre la Generalitat y la Federación Valenciana de Municipios y Provincias las iniciativas legislativas en tramitación en Les Corts que afecten de manera específica a las entidades locales y en la tramitación de planes y normas reglamentarias de idéntico carácter (Véase: PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 289 y 301). Al igual que en la redacción original, las Diputaciones Provinciales son reconocidas como expresión de la autonomía provincial y actuarán como instituciones de la Generalitat Valenciana. El Estatuto posibilita la transferencia o delegación en las Diputaciones la ejecución de aquellas competencias que no sean de interés general de la Comunidad Valenciana, especialmente en áreas de obras públicas, sanidad cultura y asistencia social. La coordinación de las funciones propias de las Diputaciones, que sean de interés comunitario, se realizará por ley de las Cortes Valencianas.

(15) DíEZ SÁNCHEZ, J.J.: «El régimen local valenciano» en *Un Estatuto para el siglo XXI. Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, nº 47/48, 2006, p. 189-209, p. 202.

(16) En el artículo 59 del EACV se regulan las relaciones con el Estado y otras CCAA, junto con la afirmación de que el Estado debe velar por los desequilibrios territoriales que perjudiquen a la Comunidad, se proclama la especial relación de colaboración con las Comunidades Autónomas vecinas que se incluyen en el Arco Mediterráneo. En este Título de las relaciones con el Estado y otras Comunidades Autónomas, en las Cortes Generales se eliminaron la referencia a los principios de lealtad, coordinación, cooperación y colaboración como rectores de las actuaciones de las administraciones públicas de la Comunidad Valenciana y en las relaciones con las Instituciones del Estado (GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 182, op. cit.; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 296, op. cit.). Debe mencionarse que en las Cortes Generales se presentó una enmienda que finalmente no fue aprobada que aludía a las Comunidades Autónomas de la Antigua Corona de Aragón (Enmienda 18 del Grupo Parlamentario Mixto y enmienda 46 del Grupo Parlamentario IU-ICV (BOCG, Congreso de los Diputados, núm B-196-11, de 6/2/2006, p. 151). PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 297).

y a las relaciones con la Unión Europea, donde se concretan las competencias y funciones que puede cumplir la Generalitat (17).

Tras el texto articulado, el EACV incluye tres Disposiciones Adicionales, destacando la segunda que hace referencia a «una especie de cláusula de compromiso», cuyo análisis se realiza posteriormente, con el siguiente contenido en su apartado tercero *«cualquier ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas que no estén asumidas en el presente Estatuto o no le hayan sido atribuidas, transferidas o delegadas a la Comunidad Valenciana con anterioridad obligará, en su caso, a las instituciones de autogobierno legitimadas a promover las correspondientes iniciativas para dicha actualización»*.

En cuanto a las Disposiciones Transitorias se relacionan en número de cinco, una de las cuales, incorporada en 2006, hace referencia a que la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española (18).

---

(17) La doctrina destaca que el nuevo EACV, al contrario que su predecesor, es absolutamente consciente, tanto del carácter europeo como de la dimensión internacional de las competencias de la Comunidad. (Véase CARDONA LLORENS, J.: «La Comunitat Valenciana región europea abierta al mundo: los Títulos VI y VII, del Estatuto de Autonomía» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 387-419). Desde el ingreso de España en la entonces Comunidad Económica Europea y en el marco establecido por la Constitución y el Tratado CE, el EACV se constituye en el instrumento jurídico que legitima, con el mismo reconocimiento que otras regiones de la UE, la participación de la Comunidad Valenciana en el proceso formación de políticas comunitarias en la UE, mediante su presencia en el Comité de Regiones y en otras instancias de carácter consultivo o representativo, sobre todo en materia de política regional y fondos estructurales. Al respecto, la participación de la Comunidad Valenciana en la formación de la voluntad del Estado ante al UE se manifiesta principalmente en el derecho a participar en todos los procesos que establezca el Estado para configurar la posición española en el marco de las instituciones europeas, cuando estén referidas a sus competencias propias y también a ser oída en aquellos otros que, incluso sin ser de su competencia, le afecten directa o indirectamente, con mención específica a la participación en el proceso de Asociación Euromediterránea. En este punto queda por determinar la corrección del déficit de parlamentarismo que se degrana en el articulado expuesto. Asimismo, se afirma ostentar la competencia exclusiva para el desarrollo y ejecución de las normas y disposiciones europeas en el ámbito de sus competencias en el artículo 49.4 (GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 182; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 298). Sobre las reformas en el Reglamento de las Cortes Valencianas, véase: SORIANO HERNÁNDEZ, E.: «Notas sobre la reforma del Estatuto en la reforma del Reglamento de Cortes Valencianas» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 235-249.

(18) La Generalitat detenta competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano (véase el artículo 49.1.2 en relación con 3.4, 7.2, 35 y 37). En la propuesta de reforma del artículo 49 del EACV se realizó por las Cortes Generales una precisión a la propuesta de las Cortes Valencianas en relación con la competencia exclusiva de la Generalitat para la conservación, desarrollo y modificación del «Derecho *civil* foral valenciano» que tuvo consecuencias en la redacción de la disposición transitoria tercera del Estatuto que respecto la

La eliminación de la disposición transitoria sexta del anterior texto estatutario y la incorporación de una Disposición derogatoria de compleja interpretación (19), que tuvo gran repercusión mediática (20) y que debe interpretarse con criterios lógico-prácticos, son ejemplos de la intervención de las Cortes Generales en el contenido de la reforma. En función de dichos criterios, lo plausible es entender que, en definitiva, la Disposición Derogatoria incorporada por las Cortes Generales establece que queda derogada la Ley 5/1982, de 1 de julio de EACV así como la Ley Orgánica 4/1991, de 13 de marzo, la Ley Orgánica 5/1994, de 24 de marzo por lo que no nos encontramos en realidad ante una modificación del Estatuto sino ante un nuevo Estatuto de Autonomía (21).

---

competencia exclusiva sobre el «Derecho civil Foral valenciano», se precisa «...se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española» desapareciendo así la referencia a la Disposición Adicional primera de la Constitución y al Decreto de 29 de junio de 1707. Así el texto estatutario da por consolidada la doctrina constitucional emanada en la STC 121/92. No obstante, considera un sector de la doctrina que la competencia de la Generalitat en materia de Derecho civil no ha quedado ni mejorada ni fortificada por la constante y recurrente invocación del Derecho foral histórico. Si que es significativo que, con carácter general, las Cortes Generales incorporan al Estatuto que los Notarios deberán garantizar el uso del valenciano en el ejercicio de su función en el ámbito de la Comunidad Valenciana y la aplicación del Derecho civil foral valenciano que deberán conocer. Sobre esta cuestión, véase, entre otros: BAÑO LEÓN, J.M.<sup>º</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 255; DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V.: «La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 323-344; MOLINER NAVARRO, R.: «Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del artículo 489.1.2º del nuevo EACV» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 345-366; MONTÉS PENADÉS, V.L.: «El Derecho foral valenciano» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 261-323; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta de reforma del EACV», *Revista de las Cortes Generales*, nº 63, p. 223 y ss.

(19) Señala un sector de la doctrina que la redacción de la Disposición Derogatoria del Estatuto de Autonomía trae causa de la enmienda formulada conjuntamente por los Grupos Parlamentarios de PSOE y PP a consecuencia del informe emitido en trámite de Ponencia por los Servicios Jurídicos del Congreso de los Diputados, disponible en Revista de las Cortes Generales nº 63, p. 223 y ss. La cuestión consistió en que el texto inicial propuesto por las Cortes Valencianas no contenía una disposición derogatoria ya que afirmaba mediante una disposición transitoria la vigencia de la norma estatutaria hasta la entrada en vigor de la reforma en trámite (BOCG nº 196-I, de 15.07.2005, p. 27). La propuesta técnica consistió en suprimir la citada transitoria y añadir una derogatoria. El problema se suscitó en que el título de la propuesta era de propuesta de reforma de la Ley 5/1982 con lo que la disposición derogatoria podría ser interpretada como una derogación a la nueva Ley Orgánica (vid. GARRIDO MAYOL, V.: *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, p. 146).

(20) La redacción final provocó una polémica sobre existía o no un EACV pero lo que no puede ocultarse en virtud del desliz técnico es ensombrecer la voluntad del legislador. Véase, Levante-EMV de 3 al 7 de junio de 2006.

(21) GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 226, op. cit.

En cuanto a la evolución del texto a lo largo de su tramitación parlamentaria, el texto inicial de la propuesta tramitada por las Cortes Valencianas retornó de las Cortes Generales con algunas modificaciones. Fruto de las negociaciones entre los dos grupos mayoritarios, en el Congreso de los Diputados, fueron realizadas incorporaciones y modificaciones en el texto de la propuesta de reforma del EACV. Entre otras, puede mencionarse la relativa a la remisión del umbral electoral a la Ley electoral valenciana, la sustitución de la mención de la personalidad jurídica por la de autonomía de las Cortes Valencianas, y la reformulación del derecho al agua (22).

En definitiva, se observa una profundización en los conceptos de buen gobierno o gobernanza y potenciación del parlamentarismo en muchos aspectos de la reforma (ampliación de mayoría a 2/3 para la reforma del EACV y el establecimiento de la mayoría cualificada de 3/5 para desarrollar y reformar el entramado institucional; la creación del Consejo del Audiovisual para garantizar unos medios respetuosos e independientes; la potenciación de la autonomía local mediante el Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana y la Comisión Mixta con la Federación Valenciana de Municipios y Provincias, etc.) (23).

Sin entrar en todos y cada uno de los aspectos que el mismo contiene, conviene reiterar que el proceso de renovación estatutaria no parece haber sido una mera Reforma del Estatuto de 1982, sino la producción de una norma nueva por lo que nos encontramos en un caso diferente al de 1991, en el que se cambió un solo precepto del texto estatutario y al de 1994, en el que se derogaron dos Disposiciones Transitorias y se incluyó una nueva Disposición Adicional. Ahora nos hallamos ante un auténtico proceso de mutación normativa que conlleva la sustitución del Estatuto de 1982 por el Estatuto de 2006 (24).

---

(22) En cuanto a las modificaciones incorporadas a su paso por el Congreso de los Diputados, véase: GUILLEM CARRAU, J. Y VISIEDO MAZÓN F.: «Los trámites parlamentarios...», p. 165 y ss. op. cit.; y PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 283 y ss., op.cit.

(23) Entre otros, véase: GARRIDO MAYOL, V.: «Oportunidad, constitucionalidad y relevancia de la reforma del EACV» en *Un Estatuto para el siglo XXI. Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, nº 47/48, 2006, p. 80 y ss; MARCO MARCO, J.: «La potenciación de Les Corts como institución de autogobierno» en *Un Estatuto para el siglo XXI. Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, nº 47/48, 2006, p. 97-117; MARTÍN CUBAS, J. y SOLER SÁNCHEZ, M.: «Las instituciones políticas...», p. 207, op. cit.; SORIANO HERNÁNDEZ, E.: «Notas sobre la ...», p. 240 y ss, op. cit.

(24) GUILLEM CARRAU, J. Y VISIEDO MAZÓN F.: «Los trámites parlamentarios...», p. 194, op. cit.

### III. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL Y LAS RECIENTES REFORMAS ESTATUTARIAS

Caracterizado inicialmente por las notas de apertura y flexibilidad (25), es conocido que el modelo de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se delimita en los artículos 148, 149 y 150 de la Constitución (26).

Se configura pues un Estado políticamente descentralizado con un sistema de distribución territorial de competencias, que es uno de los más complejos que el Derecho comparado ofrece, y que ha sido concretado por obra del Tribunal Constitucional, como pieza capital del sistema (27).

Tal como expone la doctrina, esta interpretación exige, para su comprensión, tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional «...son los Estatutos las normas llamadas a fijar las competencias» (Sentencia 76/1983), por lo que si no existe una asunción expresa de competencias por parte de una Comunidad, no podrá decirse que la competencia le corresponde, a no ser que le haya sido transferida o delegada por el Estado. La complejidad

---

(25) BIGLINO CAMPOS, P.: «Reforma de la Constitución, reforma de los Estatutos de Autonomía y configuración del Orden de Competencias» en Revista de las Cortes Generales, segundo cuatrimestre 2005, nº 65, p. 7-31.

(26) Señala Garrido Mayol (GARRIDO MAYOL, V: «Sinopsis del artículo 149 de la CE» disponible en <http://narros.congreso.es/constitucion/index.htm>) que «... el sistema competencial articulado por la Constitución de 1978 se encuadra, a simple vista, dentro del llamado sistema de «doble lista» o sistema germánico, en el que la norma constitucional detalla en dos listas, por un lado, las competencias exclusivas del Estado, y por otro, aquéllas que podrán corresponder a los entes descentralizados...Ahora bien, una lectura atenta de los preceptos, en combinación con otros artículos como el 150 CE, nos permiten observar, en realidad, un sistema de triple lista con rasgos peculiares. Así, encontraremos: a) Las competencias exclusivas del Estado, según el art. 149 de la Constitución; b) Las competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, según el art. 148 de la Constitución; c) Las demás competencias, en cuanto la «facultad» o la «materia» no mencionada expresamente como exclusiva del Estado, podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas, en virtud de la cláusula residual del art 149.3 CE, al disponer que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución Española podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, si así lo establecen sus propios Estatutos. De este modo, cabría deducir, por ejemplo, una competencia integrada dentro de esta tercera lista en la ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual o industrial, pues el art. 149.1.9º sólo reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación en la citada materia».

(27) Entre otros, véase: ARAGÓN, M.: «La construcción del Estado autonómico» en Revista General de Derecho Constitucional, nº 1, 20006, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), pp. 15-38; MUÑOZ MACHADO, S.: «Pactismo y soberanía en la organización territorial» en *El Futuro del modelo de Estado*, coord. por ÁLVAREZ CONDE, IMAP, Madrid, 2007, pp. 13-27. Especial referencia se puede realizar a los fundamentos jurídicos relativos a esta cuestión que se contienen en la Sentencia de 12 de diciembre de 2007 del Tribunal Constitucional en relación al artículo 20 de la Ley 1/2006 de reforma del EACV.

del sistema competencial español junto a la enorme posibilidad descentralizadora que ofrece el texto constitucional permite observar cómo la inmensa mayoría de las competencias se encuentran compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante, resulta preferible no depender en exceso de la terminología y atender a un criterio casuístico para delimitar el sistema de competencias de acuerdo con las necesidades y evolución del Estado Autonómico (28).

El sistema de reparto de competencias se sostiene, pues, en el «principio de disponibilidad», por el cual son las Comunidades Autónomas las llamadas a manifestar su voluntad de aumentar las cotas de poder a través de la asunción de competencias, ya sea a través de la reforma de su Estatuto vía Ley Orgánica, pero también a través de una Ley Orgánica del Estado de transferencia o delegación (artículo 150.2 de la Constitución) (29).

Destaca la doctrina que el resultado final de tal principio dispositivo constitucional ha sido, sin embargo, el de una práctica homogeneidad entre todas las Comunidades Autónomas tanto en los aspectos competenciales como en los institucionales (30).

El desarrollo constitucional del principio de democracia territorial ha supuesto la creación de verdaderas comunidades políticas, de clases políticas territoriales y de centros de articulación de intereses de las comunidades territoriales afectadas en expresión de su autogobierno, produciéndose una generalización del hecho diferencial. Ahora todos los territorios reivindican una

---

(28) GARRIDO MAYOL, V.: «Sinopsis del artículo 149...», op. cit.

(29) Señala Bacigalupo que las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación fueron utilizadas desde el primer momento como mecanismo de atribución extraestatutaria de competencias a las Comunidades Autónomas. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la CE se igualó por esta vía a las Canarias y la Comunidad Valenciana con las llamadas Comunidades de primer grado (Leyes Orgánicas 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias para Canarias, y 12/1982, de 10 de agosto, sobre transferencias a la Comunidad Valenciana de competencias en materia de titularidad estatal; esta última ya derogada por la Ley Orgánica 12/1994, de 24 de marzo, una vez incorporadas sus previsiones a la reforma del Estatuto llevada a cabo en 1994). Posteriormente tuvo lugar, en el marco del Pacto Autonómico de 1992 y para instrumentar en una primera fase (seguida en 1994 de las correspondientes reformas de los Estatutos) la ampliación del ámbito competencial de las Comunidades de segundo grado (Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución), apunta Bacigalupo. Véase, entre otros, BACIGALUPO SAGESSE, M.: «Sinopsis del artículo 150 de la Constitución» disponible en <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/index.htm>; VILLAR PALASÍ, J. L.: «Leyes Marco, Leyes Orgánicas de transferencia o delegación y Leyes de armonización: artículo 150» en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga Villamil, Madrid, Cortes Generales, 1996-1999, T. XI, pp. 321-355.

(30) EMBID IRUJO, A.: «Balance del Estatuto...», p. 163, op. cit.



comunidad política propia y con el mismo nivel de autogobierno, en otras palabras, existe una «autonomía emocional territorializada» (31).

En dicho contexto, se identifica por parte de la doctrina que el objetivo de las reformas consiste en configurar los Estatutos como una especie de Constituciones autonómicas (32), pugnando en dichas reformas las dos concepciones de federalismo —cooperativo y competitivo— y destacando las iniciativas encuadradas en la segunda de la concepciones, donde priman las políticas aisladas emprendidas unilateralmente por determinados entes territoriales sobre las políticas de conjunto que pudieran llegar a ser signo común entre todos ellos (33).

En este sentido, un sector de la doctrina subraya se ha asistido a la identificación explícita o implícita de la función constitucional y de su carácter complementario a la Constitución para la delimitación de las competencias entre el Estado y las CCAA, desconociendo el principio de primacía constitucional y asimilando la función de «estatuyente» a la de «co-constituyente» y, consecuentemente, blindando la norma estatutaria (34).

---

(31) Son expresiones recogidas literalmente de ORTEGA L.: «Reforma constitucional y reforma estatutaria» en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, VIII, Zaragoza, 2005, pp. 37-94; y con las que coincide sustancialmente ÁLVAREZ CONDE, E.: «Algunas reflexiones sobre el modelo de Estado a la luz de las reformas estatutarias», en *El Futuro del modelo de Estado*, IMAP, Madrid, 2007, pp. 27-44.

(32) Entre otros, véase: EMBID IRUJO, A.: «Balance del Estatuto...», p. 169, op. cit. ; LÓPEZ RAMÓN, F.: LÓPEZ RAMÓN, F.: «Reflexiones sobre el procedimiento en la tercera reforma estatutaria», en *Monografía VIII de esta REVISTA*, Zaragoza, 2005, pp. 15-33; y ORTEGA L.: «Reforma Constitucional...», p. 40, op. cit.

(33) EMBID IRUJO, A.: «Balance del Estatuto...», p. 151 y 152, op. cit.

(34) Esta afirmación es utilizada por Álvarez Conde (ÁLVAREZ CONDE, E.: «Reflexiones sobre...», p.55, op. cit. y «Algunas reflexiones sobre...», p. 31, op. cit.) y Cruz Villalón (CRUZ VILLALÓN, P.: «La reforma del Estado de las Autonomías» en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, 2006, pp. 77-123). Se ha suscitado debate doctrinal en torno de la cuestión de la reforma constitucional, sosteniendo que los límites materiales implícitos a la reforma constitucional debían haber sido proyectados sobre las propuestas de reformas estatutarias que, aún no incurriendo en inconstitucionalidad formal por no alterar la letra de la Constitución, tuviesen por objeto forzar un cambio de tanto calado en la legislación estatal, que llegasen a perturbar seriamente el significado de esa letra constitucional, suponiendo, en realidad, su vulneración, motivo por el que resultaría inexcusable declararlas inconstitucionales. Desde este punto de vista, la afirmación de que lo que no está prohibido en la Constitución está permitido sólo sería aceptable para la cuestión de los derechos fundamentales porque la vocación irradiante de estos así lo demanda. En definitiva, dichas iniciativas suponen exigencias de asimetrías inconstitucionales (PORTERO MOLINA, J.A.: «Los retos del Estado de las Autonomías» en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, pp. 23-40). Viver Pi i Sunyer ha recogido sus reflexiones sobre las críticas recibidas por la técnica elegida para la cuestión competencial en la reforma catalana (Véase: VIVES PI I SUNYER, C.: «En defensa dels Estatuts d'Autonomia como a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica jurídicoinstitucional» en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 1, 2005, pp. 97-130).

Esta técnica— con origen en la reforma del Estatuto catalán y presente en versión modificada en las propuestas andaluza, castellano-manchega y canaria— consiste en la combinación de, por un lado, una definición funcional de las competencias exclusivas (con desempeño de función legislativa, potestad reglamentaria y función ejecutiva), compartidas con el Estado (de desarrollo de legislación básica y toda la potestad reglamentaria y la función ejecutiva) y ejecutivas (de reglamentos estatales) y, por otro, el listado de las materias y submaterias con los sectores sobre los que se indican las facultades y capacidad de maniobra que corresponden a la Comunidad Autónoma (35). Esta opción técnica manifiesta la clara voluntad de restringir al máximo las zonas de confluencia entre los poderes del Estado y los de la Comunidad y se articula a modo de freno a la tendencia competencial expansiva del Estado parte de las iniciativas de la oleada de reformas estatutarias (36).

En la tramitación de la reforma del EACV, esta técnica fue propuesta por los profesores Asensi y Martínez Sospedra en sus comparecencias ante la Ponencia de la Comisión de Estudio de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y la consolidación del autogobierno (37).

En cierta manera, fundamentando las reformas de ciertos Estatutos se ha alegado que el desarrollo competencial del Estado Autonómico se había caracterizado por una laminación de las competencias de tal modo que, aunque son muchas las competencias autonómicas, en buena parte se trata de competencias administrativas afirmando que «*no se trata tanto de un problema de cantidad de competencias reconocidas como, sobre todo, de calidad de la autonomía para ejercerlas*» (38).

En este sentido, aunque se acepta por toda la doctrina que el reparto de competencias determinado por el bloque de la constitucionalidad se basa en el concepto de materia también en el ámbito que nos interesa, el poder com-

---

(35) Entre otros, véase: PORRAS RAMÍREZ, J.M<sup>º</sup>: *Las reformas estatutarias y ...*, p. 54, op. cit.; PEMÁN GAVÍN, J.M<sup>º</sup>: «En torno a la reforma del Estatuto Aragonés: las posibilidades de una ampliación competencial», en Monografía VIII de esta REVISTA, Zaragoza, 2005, pp. 307-360; TUR AUSINA, R.: «El sistema competencial valenciano tras la reforma estatutaria de 2006. Análisis al hilo de la reciente oleada de reformas estatutarias» en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, dir. por Vicente Garrido Mayol, Fundación Profesor Manuel Broseta Pont, 2007, p. 227; VIVES PI I SUNYER, C.: «En defensa dels estatuts...», p. 100, op. cit.

(36) Entre otros, véase: BAÑO LEÓN, J.M<sup>º</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 248; BIGLINO CAMPOS, P.: «Reforma de...», p. 19, op. cit.; PORRAS RAMÍREZ, J.M<sup>º</sup>: *Las reformas estatutarias y ...*, p. 53, op. cit.; TUR AUSINA, R.: 265 «El sistema competencial...», p. 237, op. cit.

(37) Las comparecencias se encuentran disponibles en el sitio de Les Corts: [http://www.cortsvalecienes.es/Comparecencias?id\\_nodo=4148&accion=1](http://www.cortsvalecienes.es/Comparecencias?id_nodo=4148&accion=1).

(38) Informe sobre la reforma del Estatut, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona 2003, disponible en [http://www10.gencat.net/drep/binaris/re1\\_tcm112-20012.pdf](http://www10.gencat.net/drep/binaris/re1_tcm112-20012.pdf).

potencial autonómico se mide principalmente por la capacidad de elaborar políticas públicas (39).

No obstante, con esta novedosa técnica parece difícil solventar los siguientes problemas: la tensión reivindicativa bilateral de competencias; la falta de delimitación exacta o precisa de las competencias autonómicas de acuerdo con el principio de «*exclusividad en sentido estricto*» (40); la petrificación competencial (41); la laminación competencial de las CCAA por el Derecho comunitario (42); la delimitación de los títulos competenciales del Estado y el concepto de «lo básico», definidos por la Constitución (entre otros, STC 20/1988); la calidad del ejercicio de las competencias por los parlamentos autonómicos; la dificultad derivada de la interconexión de los Ordenamientos comunitario, estatal y autonómico (43) o la imposibilidad de dividir la realidad en dos esferas de poder estancas y completamente separadas (44).

La adopción de modelos «clásicos», en cuanto a las técnicas de distribución competencial, son opciones a los que un sector de la doctrina otorga «tintes más realistas», invitando menos a la confusión y al bloqueo frente al Estado, aunque ello no signifique, sin embargo, que el debate competencial hubiera quedado cerrado si todas las Comunidades hubieran optado por un modelo clásico puesto que seguirían vigentes los riesgos «constitucionales» como los que, a continuación, se relacionan: las tendencias centrífugo-asimétricas autonomistas y la compensación de las fuerzas centrípetas del Estado y, en definitiva, las limitaciones derivadas de las intervenciones estatales, que

---

(39) VIVES PI I SUNYER, C.: *Materias competencias...*, op. cit.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia Constitucional: Cuestiones resueltas, problemas pendientes» en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 2, 1999, p. 29

(40) Los Estatutos que han elegido esta técnica han optado por utilizar un doble concepto de exclusividad (STC 37/1981), véase: PORRAS RAMÍREZ, J.M<sup>º</sup>: *Las reformas estatutarias y ...*, p. 55, op. cit.

(41) BALAGUER CALLEJÓN, F.: *La reforma del Estatuto de Cataluña desde la perspectiva de la ordenación competencial. Un análisis de las líneas generales del título V de la propuesta de reforma*, MAP, 2005, p. 17 y 22.

(42) No obstante, el proceso de decisión comunitario ha supuesto una erosión constante en los ámbitos competenciales de las regiones. Desde los inicios del proceso de construcción comunitario, el riesgo de convertir a los Laender en meros entes administrativos fue denunciado puesto que las regiones con competencias legislativas propias han ido perdiendo, sin llegar a convertirse en meros entes administrativos, progresivamente nuevas competencias a favor de la UE a través de las sucesivas reformas de los tratados constitutivos. Véase: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «Comunidades Autónomas y Unión Europea: Hacia una mejora de la participación directa de las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario», *RDCE*, nº 22, sep-dic 2005, pp. 759-805; PORRAS RAMÍREZ, J.M<sup>º</sup>: *Las reformas estatutarias y ...*, p. 61, op. cit.

(43) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *La interconexión de los Ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, p. 50.

(44) BIGLINO CAMPOS, P.: «Reforma de...», p. 21, op. cit.

se podrían evitar mediante el desarrollo y la concreción de los títulos competenciales (45).

Precisamente, la desigualdad que puede generar la diversidad de formulaciones competenciales en el actual proceso de reformas estatutarias se ha intentado corregir a través de las cláusulas generales de nivelación competencial, de mayor o menor operatividad, como la cláusula que se incluye en la disposición adicional segunda de la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana, que será objeto de estudio específico posteriormente (46).

Parte de la doctrina propone que, junto al principio dispositivo constitucional se desarrolle el principio homogeneizador no previsto constitucionalmente pero integrado en lo que se denomina la «Constitución real» frente a lo que sería la «Constitución formal» y basado en la alta consideración del Estado de las Autonomías en todas las Comunidades Autónomas y en el firme sentimiento de que la tenencia por parte de una Comunidad de un volumen mayor de competencias que las que posea la propia, constituye un privilegio que no se está dispuesto a tolerar (47).

De igual modo, se propone la modificación del texto constitucional de manera que la Norma jurídica fundamental actúe como tal en lo que se refiere a la organización territorial con el fin de cerrar el reparto de poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas con vocación de permanencia y estabilidad. Esto permitiría trasladar a la Constitución las características propias de la noción de competencia de los federalismos de devolución, como es la equiparación normativa y un reparto más nítido del poder entre el Estado y las CCAA de acuerdo con cierta jurisprudencia del TC y las recientes reformas estatutarias. En el fondo el problema consiste no sólo en cerrar el modelo de Estado, sino en buscar un equilibrio entre la vigencia de los principios de unidad, igualdad y solidaridad con las asimetrías garantizadas constitucionalmente y que pueden afectar a temas competenciales, estructuras e, incluso, al orden financiero (48).

---

(45) VIVES PI I SUNYER, C.: «En defensa dels estatuts...», p. 129, op. cit.

(46) Balaguer Callejón considera de mayor operatividad la cláusula contenida en la reforma andaluza que la contenida en la reforma valenciana puesto que ésta última a su juicio puede desarrollar algunos efectos niveladores aunque no alcanza a extender su eficacia en relación con los límites a las competencias autonómicas contenidos en las cláusulas generales de salvaguardia de las competencias estatales. Véase: BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los EA», en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1, 20006, www.iustel.com, pp. 39-53.

(47) Esta situación es descrita desde ámbitos o percepciones distintas por BAÑO LEÓN, J.M<sup>º</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 247, op. cit. y EMBID IRUJO, A.: «Balance del Estatuto...», p. 164, op. cit.

(48) Sobre la reforma constitucional y sus interrelaciones con las reformas estatutarias, véase, entre otros: ÁLVAREZ CONDE, E.: «Algunas reflexiones sobre...», p. 29, op. cit.; BAÑO LEÓN, J.M<sup>º</sup> y BOIX

En definitiva, sin perjuicio de lo afirmado, las competencias de las Comunidades Autónomas se han convertido, junto con el sistema de financiación en el punto crucial de las nuevas reformas estatutarias.

#### **IV. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA REFORMA DEL ESTATUTO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**

Como es sabido, en los trabajos preliminares a la reforma del EACV, se impusieron dos grandes premisas la catalogación de las competencias y el nivel competencial asumido (49). Junto a ello, diversas novedades puntuales irían en la línea de plasmar determinados compromisos en relación con las competencias en materia de Administración de Justicia, policía autonómica, sector audiovisual, seguridad jurídica preventiva y sus demarcaciones, y relaciones con la UE y acción exterior.

Asimismo, destaca la doctrina que, en este aspecto, se trataba principalmente de efectuar una reforma pendiente desde el periodo 1996-1999 en el que otras CCAA procedieron a perfeccionar el sistema de autogobierno. Existían competencias asumidas no reflejadas estatutariamente y nuevos retos y ámbitos materiales que incorporar al Estatuto (50).

Un sector de la doctrina considera que la falta de un común compromiso de fines ha generado, precisamente, una diversa técnica delimitadora de competencias en el EACV— seguido por otras Comunidades como la aragonesa y la balear— frente a otras normas institucionales básicas— la catalana, la andaluza, la castellano-manchega y la canaria—. Para otro sector de la doctrina el EACV no procede, propiamente hablando, a un blindaje de las competencias sin embargo contiene especialidades en su artículo 46 y en la Disposición Adicional Segunda (51).

---

PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 248, op. cit.; BIGLINO CAMPOS, P.: «Reforma de...», p. 29, op. cit.; EMBID IRUJO, A.: «Balance del Estatuto...», p. 148, op. cit.; GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Los principios de unidad y ...», p. 52, op. cit.; ORTEGA L.: «Reforma Constitucional...», p. 46, op. cit.; ROIG MOLÉS, E.: «La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978?», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 3, 2006, pp. 149-186; VIVES PI I SUNYER, C.: «En defensa dels estatuts...», p. 121, op. cit.

(49) Véase la nota 10.

(50) Acertadamente remite Tur Alsina (TUR AUSINA, R.: «El sistema competencial...», p. 229) al Informe de la Ponencia de Estudio de una posible reforma del EACV y la consolidación del autogobierno, BOCV núm. 101, 29/04/2005. [http://www.cortsvalencianes.es/./contenido.jsp?id\\_nodo=4137&&keyword=&auditoria=F](http://www.cortsvalencianes.es/./contenido.jsp?id_nodo=4137&&keyword=&auditoria=F).

(51) ÁLVAREZ CONDE, E.: «Algunas reflexiones sobre...», p. 57, op. cit.

En realidad reproduce el modelo clásico de competencias exclusivas (art.49); competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado (art. 50); y la ejecución de la legislación del Estado (art. 51). Básicamente, explica la doctrina, los listados competenciales del EACV siguen siendo los reversos de las competencias establecidas en el artículo 149 CE (52).

En primer lugar, tras la reforma de 2006, se concreta el ámbito competencial con las materias en las que la Generalitat tiene competencia exclusiva (de legislación y ejecución). No obstante se apunta aquí que la repetida cláusula «*sin perjuicio*» evidencia que se trata en realidad de materias compartidas con el Estado. Apunta la doctrina que la técnica legislativa de la reforma aragonesa es más acertada al evitar los sin perjuicio mediante la frase «en el marco del artículo 140 y 149.1 de la Constitución» (53).

En segundo lugar, las materias en las que existe una competencia compartida en el marco de la Legislación Básica del Estado (correspondiendo a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de una serie de materias). Algunas dudas ha planteado desde el punto de vista del principio de unidad la posibilidad establecida en el artículo 44.2 la competencia de la Generalitat para dictar normas con carácter provisional en materias sobre las que la Constitución atribuye al Estado la competencia de legislación básica. En consonancia con la STC 32/1981 se plantea que la Comunidad Autónoma puede legislar respetando las bases materiales que se deduzcan de la legislación vigente y con carácter provisional puesto que serán derogadas cuando sean incompatibles con la legislación básica dictada con posterioridad por el Estado (54).

En tercer lugar, también otras materias en las que corresponde a la Generalitat la ejecución, siendo del Estado la legislación básica y su legislación de

---

(52) TUR AUSINA, R.: «El sistema competencial...», p. 223, op. cit.

(53) Por ejemplo, como ocurre con la materia de las denominaciones de origen. Son de gran interés las aportaciones y análisis de López Benítez que sugiere que «*no estamos ante la tradicional dialéctica competencia exclusiva/competencia compartida o ante la habitual antinomia entre competencia exclusiva/competencia concurrente, sino ante una técnica sui generis de distribuir competencias en la que la exclusividad, cierta de la competencia autonómica, precisa de la colaboración del Estado en el sentido descrito por el TC en su Sentencia 209/1989*». En este tipo de competencias, el Estado y las Comunidades realizan actuaciones complementarias en relación con el acto de autorización o reconocimiento provisional de una denominación, la remisión de las cuentas generales y presupuestos de los Consejos Reguladores, la instrucción y resolución de expedientes sancionadores por infracciones cometidas por empresas ubicadas en una Comunidad Autónoma en relación con Denominaciones de origen de otras Comunidades Autónomas, la expedición de los certificados esenciales para la exportación, etc. LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Las Denominaciones de Origen*, CEDECS, Barcelona, 1996, p. 96

(54) GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Los principios de unidad y ...», p. 39, op. cit.

desarrollo. Se explica por la doctrina que, en ningún caso, el Estatuto puede vincular al Estado en punto a su legislación básica (55).

En cuarto lugar, la Comunidad Valenciana asume, además de las facultades y competencias comprendidas en el Estatuto, las que se hallen implícitamente comprendidas en las mismas, aplicándose subsidiariamente el derecho estatal (artículos 49.2 y 51.1.11).

En quinto lugar, explica la doctrina que la cláusula contenida en el artículo 46 del Estatuto completa perfectamente la técnica de distribución competencial seguida por la norma, evitando el complicado desglose material de otras normas estatutarias (al modo del artículo 80.1 de la reforma aragonesa). En virtud de la regla citada, ante una posible duda sobre el ejercicio competencial en un subsector material determinado, éste último se integra en el ámbito autonómico valenciano (56).

Asimismo, en cuanto a la técnica de distribución se destaca también lo dispuesto en el artículo 49.3 que recoge la competencia exclusiva de la Generalitat sobre nuevas materias u otras que se sustraen de otros apartados y que se ejercen si perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la CE y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado.

En sexto lugar, debe hacerse mención también de la Disposición Adicional segunda de la Ley 1/2006 que hace referencia a la conocida como «cláusula Camps», «cláusula de compromiso» con el siguiente contenido en su apartado tercero *«cualquier ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas que no estén asumidas en el presente Estatuto o no le hayan sido atribuidas, transferidas o delegadas a la Comunidad Valenciana con anterioridad obligará, en su caso, a las instituciones de autogobierno legitimadas a promover las correspondientes iniciativas para dicha actualización»*.

No se puede afirmar que la cláusula tenga el efecto automático de evitar la desigualdad competencial pero contiene el propósito establecido normativamente de adhesión de la Comunidad al necesario movimiento centrípeto del sistema y de realizar una activa labor de actualización competencial. Con otras palabras, la cláusula expresa perfectamente una opinión común en torno a lo que en el plano competencial debe ser la configuración estatutaria

---

(55) BAÑO LEÓN, J.M.: «El Estatuto de Autonomía en...», p. 60.

(56) En este contexto (TUR AUSINA, R.: «El sistema competencial...», p. 234, op. cit.), se destaca la explicitación de la deuda in dubio pro autonomía, expuesta por Martínez Sospedra (MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Derecho autonómico valenciano, Valencia, Generalitat Valenciana, 1985-1988*, p. 90) que permite interpretar que la cláusula residual que juega a favor del Estado, sólo entrará en funcionamiento cuando no haya posibilidad de interpretación del título competencial autonómico (SSTC 76/1984 y 123/1984).

en lo jurídico-material, donde el principio homogeneizador acaba imponiéndose al dispositivo (57).

Finalmente, en cuanto a la asunción extraestatutaria de competencias el EACV ha mantenido también el esquema actual, aludiendo expresamente a la posibilidad de las leyes marco en su artículo 60 (58).

En definitiva, el Estatuto previo a la reforma 2006 configuró una Comunidad Autónoma con un nivel de competencias, más amplio que el que le correspondía mediante la vía de acceso a la autonomía por el artículo 143 de la Constitución española. Desde el gobierno de la Generalitat se señalaba ya en el año 2000 que restaban competencias por asumir como eran la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, los pósitos, las Sociedades agrarias de transformación e inspección de calidad y el procedimiento de defensa contra fraudes; la gestión de los establecimientos públicos de titularidad estatal; la ejecución de la protección del dominio público en la zona marítimo-terrestre; la ejecución sobre las carreteras del Estado; la gestión de las competencias sobre los funcionarios con habilitación de carácter nacional y gestión de las operaciones de crédito de las Haciendas Locales; la gestión de los fondos de protección laboral; la seguridad pública; etc. (59)

En 2006, como se ha señalado, uno de los objetivos de la reforma fue la equiparación del techo competencial de la Comunidad con el de otras Autonomías (60). Por un lado, esta reforma realiza para la doctrina una actualización competencial a la luz de nuevos retos y de cambios derivados del progreso socioeconómico, quedando algunos pendientes como pueden ser el tema del agua y la inmigración, que se abordan en el capítulo de los derechos y deberes de los valencianos; la cuestión de las competencias sobre el sistema

---

(57) La doctrina ha analizado la citada cláusula desde diversos puntos de vista. Entre otros: BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Las cuestiones competenciales ...», p. 51, op. cit.; BAÑO LEÓN, J.M<sup>e</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 277, op. cit.; BAÑO LEÓN, J.M.: «El Estatuto de Autonomía en...», p. 670, op. cit.; EMBID IRUJO, A.: «Balance de ...», p. 165, op. cit.; GARRIDO MAYOL, V.: «Oportunidad, constitucionalidad...», p. 85, op. cit.; GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 226, op. cit.; PEMÁN GAVÍN, J.M<sup>e</sup>: «En torno a la...», p. 346, op. cit.; TUR AUSINA, R.: «El sistema competencial...», p. 257, op. cit..

(58) Para un sector de la doctrina (ÁLVAREZ CONDE, E.: «Reflexiones sobre...», p. 59, op. cit.), otras reformas estatutarias desvirtuaban el sistema del artículo 150 por considerar el citado sistema una obligación, y no una potestad, del Estado como el caso del Estatuto de Cataluña aunque finalmente el precepto en cuestión (Disposición Adicional tercera) fue corregido en el Congreso de los Diputados.

(59) BLASCO CASTANY, R.: «El desarrollo competencial de la Generalitat Valenciana» en *Instituciones Políticas de la Comunidad Valeriana*, coord. por GARRIDO MAYOL, Fundación Profesor Manuel Broseta, 2000, pp. 155-165.

(60) Véase la nota 10.



penitenciario; los objetivos, la tramitación y gestión de subvenciones; etc. (61). Por otro, se ha considerado que la reforma ha estado desde el punto de vista competencial muy condicionada por el juego de las mayorías políticas existentes a escala autonómica y estatal (62).

No obstante, se apunta también que la reforma incluye no pocos títulos competenciales nuevos respecto a los del Estatuto anteriormente en vigor. Parte de ellos constituyen la explicitación de competencias ya derivables del marco estatutario previo (p.ej.: la calidad y la seguridad alimentaria) y carecen de valor añadido para el acervo competencial de la Comunidad. En otros casos se trata de competencias nuevas que vienen a salvar omisiones del Estatuto (p.ej.: el régimen jurídico de creación y funcionamiento de las denominaciones de origen) o que abordan materias emergentes (p.ej.: Tecnologías de la Información y la Comunicación, TICS) (63).

Entre otros, cabe destacar una serie de ámbitos competenciales específicos cuyo examen escapa del objeto de estas líneas pero cuanto menos deben ser mencionados como son los relacionados con la actividad económica general (64) y la economía y hacienda (65) y los transportes y comunicaciones (66).

---

(61) TUR AUSINA, R.: «El sistema competencial...», p. 243, op. cit.

(62) BAÑO LEÓN, J.M<sup>º</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 247, op. cit.

(63) PEMÁN GAVÍN, J.M<sup>º</sup>: «En torno a la...», p. 345, op. cit.

(64) De acuerdo con las bases y la ordenación de la planificación y fomento de la actividad económica general corresponde a la Generalitat, en los términos que disponen los artículos 38, 131 y los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española, la competencia exclusiva de la planificación de la actividad económica de la Comunitat Valenciana; de la industria, sin perjuicio de lo que determinan las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés general y las normas relacionadas con las industrias sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear; el desarrollo y ejecución en su territorio de los planes establecidos por el Estado para la reestructuración de sectores industriales y económicos. Junto a la referencia ya comentada al I+D+i, el EACV establece que la Generalitat participará en la gestión del sector público económico estatal en los casos y actividades en los que proceda.

(65) Las competencias en materia de economía y hacienda se contienen en los artículos 33.3; 34.1.6; 49.3.10; 51.1.7 y 58 del EACV. Para el adecuado desarrollo y ejecución de sus competencias la Comunidad Autónoma Valenciana dispone de Patrimonio y Hacienda propios. En caso de reforma o modificación del sistema tributario español, la Comunidad tiene derecho a que el Estado adopte medidas de compensación oportunas para que ésta no vea reducidas ni menguadas las posibilidades de desarrollo de sus competencias ni de su crecimiento futuro. El Estatuto constituye una regulación minuciosa referida a la financiación, autonomía financiera, sistema de ingresos, competencias financieras, sistema tributario, aplicación de los tributos propios, ejercicio de las competencias normativas, Órganos Económicos Administrativos propios, Hacienda Local, Patrimonio de la Generalitat, Hacienda de la Comunitat, rendimiento de tributos cedidos a la Generalitat, participación en los Impuestos del Estado, gestión, recaudación, liquidación e inspección de tributos propios, Servicio Tributario Valenciano, elaboración del Presupuesto consolidado de la Generalitat, emisión de Deuda Pública, instituciones de crédito especializado, desarrollo económico y social, derecho al trabajo, etc. (MARTÍNEZ CORRAL, J.A.: «Los presupuestos de la Generalitat en el Estatuto

Mención específica podría efectuarse a la investigación y al concepto de sistema valenciano de ciencia tecnología y empresa (67). Igualmente, en cuanto a ámbitos de desarrollo de políticas públicas, puede significarse la agricul-

---

de Autonomía de la Comunidad Valenciana» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p.249-286, p. 251). La doctrina ha destacado las luces y sombras de este apartado competencial de la reforma, describiendo aquellos aspectos que pueden ser más problemáticos (Entre otros, véase: BAÑO LEÓN, J.M<sup>o</sup> y BOIX PALOP, A.: «El Estatuto...», p. 273, op. cit.; GARCÍA MORENO, A.: «La Hacienda Valenciana en el marco de la reforma del Estatuto de Autonomía» en *Un Estatuto para el siglo XXI. Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, nº 47/48, 2006, p. 253-285, p. 272; GARCÍA MONCO, A.: «La penúltima reforma del modelo de financiación autonómica. Problemas y desafíos» en *Revista española de la función consultiva*. – N. 4 (jul.-dic. 2005), p. 161-179; MARTÍN QUERALT, J. y GARCÍA MORENO, A.: «Comentarios al Título IX (Economía y Hacienda) del EACV, modificado por la Ley 1/2006, de 10 de abril» en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2007, nº 18, p. 421-466, p. 444 y ss; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 304, op. cit.). En el Título de Economía y Hacienda, las Cortes Generales suprimieron la mención a que los Ayuntamientos en la elaboración de sus presupuestos establecerán las medidas necesarias para dar participación a los ciudadanos y ciudadanas, así como la garantía de la suficiencia de recursos de acuerdo con una distribución de competencias basada en los principios de descentralización, subsidiariedad y simplificación administrativa (GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 182, op. cit.).

(66) En los artículos 49.1.14 y 15 y 52.2 del EACV, se proclama la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre carreteras y caminos cuyo itinerario transcurre íntegramente dentro del territorio de la Comunidad; ferrocarriles, transportes terrestres, marítimos, fluviales y por cable; puertos, aeropuertos, helipuertos y servicio meteorológico de la Comunitat Valenciana, sin perjuicio de lo que disponen los números 20 y 21 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española; centros de contratación y terminales de carga en materia de transporte. En cuanto a la ejecución de la legislación del Estado por la Generalitat, contemplada en el artículo 51, las Cortes Generales realizaron sendas modificaciones en relación con la gestión de los puertos y aeropuertos con calificación de interés general cuando el Estado no se reserve la gestión directa y en relación con las funciones que sobre la zona marítimo terrestre, costas y playas le atribuye la legislación del Estado (GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 182, op. cit.).

(67) En virtud de los artículos 49.1.7, 49.1.16 y 52.2, la Generalitat, en el ejercicio de sus competencias, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general en los términos de los artículos 38, 131 y 149.1.11 y 13 CE, y sin perjuicio de la coordinación general que corresponde al Estado, fomentará el sistema valenciano de ciencia, tecnología y empresa promoviendo la articulación y cooperación entre las universidades, organismos públicos de investigación, red de institutos tecnológicos y otros agentes públicos y privados, con la finalidad estatutaria de I+D+i y con el fin de fomentar el desarrollo tecnológico y la innovación, con apoyo del progreso y la competitividad empresarial de la Comunitat Valenciana. Cabe mencionar en este punto que no se ha reflejado en el Estatuto, pese a su relevancia internacional y las consignaciones presupuestarias anuales que a tal efecto realiza la Generalitat, una mención a los Premios Jaume I. La competencia exclusiva de la Generalitat en materia de investigación se concreta en las academias cuyo ámbito de actuación principal sea la Comunidad Valenciana. La competencia en materia de nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento lo es exclusiva sin perjuicio de lo dispuesto en el 149 CE y las bases y ordenación de la actividad económica general. La ejecución de la legislación del Estado en materia de propiedad intelectual e industrial es competencia de la Generalitat.

tura (68), el bienestar social (69), la educación (70) las obras públicas (71), la ordenación del territorio (72), la sanidad (73), la seguridad social (74), y el trabajo (75).

---

(68) Las competencias en materia de Agricultura, Ganadería, Pesca y aprovechamientos forestales están recogidas en los artículos 49.1.10 y 17; 49.3.1; 34.1.4; 49.3.2, 3 y 4; 50.7; y 51.1.10 del EACV. La Generalitat tiene también competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, sobre la defensa contra fraudes y calidad y seguridad agroalimentaria; las SAT; la agricultura, reforma y desarrollo agrario, y ganadería; la Sanidad agraria; las DOP e IGP, la Pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, caza y pesca fluvial y lacustre y las Cofradías de pescadores. Por último, se cita la ejecución de la legislación del Estado sobre Fondos europeo y estatal de garantía agraria en la Comunitat Valenciana, incorporada al texto a su paso por el Congreso de los Diputados (GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 182, op. cit.).

(69) En cuanto al Bienestar social (artículos 49.1.24 a 27), la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia de Servicios Sociales; juventud; promoción de la mujer; instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.

(70) De acuerdo con los artículos 49.3.6; 49.3.7; 49.3.9 y 53 del EACV, es de competencia exclusiva de la Generalitat la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de lo que disponen el artículo 27 de la Constitución Española y las Leyes Orgánicas que, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 81 de aquélla, lo desarrollan, de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española, y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía. Igualmente, garantizará a todos los ciudadanos la formación profesional adecuada, la formación permanente y los medios apropiados para la elección de la carrera, ocupación o profesión. La Generalitat tiene también competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, sobre las siguientes materias: enseñanza náutico-deportiva y subacuático-deportiva; enseñanza profesional náutica-pesquera; Educativa, de asistencia y servicios sociales, ocupación y formación profesional ocupacional de los trabajadores del mar, encomendados al Instituto Social de la Marina.

(71) De acuerdo con los artículos 49.1.16, la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre los aprovechamientos hidráulicos, canales y riegos, cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunitat Valenciana, instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, siempre que este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma (precisión incorporada en el trámite parlamentario en las Cortes Generales (PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 285, op. cit.). aguas minerales, termales y subterráneas. Todo esto sin perjuicio de lo que establece el número 25 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española. Las competencias en materia de expropiación forzosa, contratos y concesiones administrativa lo son en el marco de la legislación básica del Estado.

(72) De acuerdo con los artículos 49.1.10 y 16; 49.3.12; 51.1.9 y 51.3 y 50, la Generalitat tiene la competencia exclusiva en materia de vivienda, patrimonio, urbanismo y territorio. La Generalitat tiene la competencia exclusiva en materia de montes y servicios forestales, vías pecuarias, espacios naturales protegidos y tratamiento especial de zonas de montaña de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.23 CE. La competencia en materia de patrimonio arquitectónico, con-

Así, otras materias en las que se ha hecho especial hincapié en la tramitación parlamentaria son el comercio y el consumo (76), la cultura, el

---

control de la calidad en la edificación y vivienda lo es exclusiva sin perjuicio de lo dispuesto en el 149 CE y las bases y ordenación de la actividad económica general. Las competencias en materia de protección del medio ambiente y régimen minero y energético, lo son en el marco de la legislación básica del Estado. Con carácter ejecutivo, las competencias relativas a las funciones que sobre la zona marítima terrestre, costas y playas le atribuye la legislación del Estado. La Generalitat podrá colaborar con la Administración General del Estado en la gestión del catastro, a través de los pertinentes convenios. Esta competencia de ejecución de la legislación estatal fue incorporada al texto en las Cortes Generales al aprobarse las enmiendas 142 del Grupo Popular y 158 del Grupo Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, núm B-196-11, de 6/2/2006, p. 151). Véase también: PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 289, op. cit.

(73) De acuerdo con los artículos 49.1.11 y 19 y 54 del EACV, es de competencia exclusiva de la Generalitat la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunitat Valenciana. Se apunta por la doctrina que esta afirmación cobra sentido únicamente respecto de las integradas en el sistema público de salud (PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 292, op. cit.). Asimismo, la Generalitat detenta competencias exclusivas en relación con la higiene y, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE, con la ordenación farmacéutica. La Generalitat podrá organizar y administrar para aquellas finalidades, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes mencionadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y funciones en materia de sanidad y seguridad social, y se reservará el Estado la alta inspección. En este contexto, la Generalitat, en el ejercicio de las competencias en materia de sanidad y seguridad social, garantizará la participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca. Dos referencias finales al derecho a conocer los tratamientos médicos, consecuencias y riesgos y la obligación de la Generalitat de velar por el respeto a la Convención de los Derechos del Hombre y la Biomedicina en la investigación por medio de personas. Por último, corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.

(74) En el artículo 49.3.5 del EACV, se afirma que en materia de Seguridad Social, corresponderá a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, a excepción de las normas que configuran el régimen económico de ésta y la gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

(75) De acuerdo con los artículos 49.3.8 y 51.1.1, la Generalitat tiene también competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, Gestión de las funciones del servicio público de empleo estatal en el ámbito de trabajo, ocupación y formación Redacción conforme a la propuesta del Informe de los Servicios Jurídicos del Congreso (véase: PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 286, op. cit.). Corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en la materia laboral, asumiendo las facultades, competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta el Estado con respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de éste, y el fomento activo de la ocupación. En el artículo 80 del texto, de nueva redacción, se configura un derecho al empleo digno que por técnica normativa hubiera sido más correcto incluir en el Título II (PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 308, op. cit.).

(76) Las competencias en materia de comercio y consumo (artículo 49.1.20 y 21; 49.1.33; 49.1.34 y 35; 49.3.10 y 34.1.5; 51.1.3 y 4) se detentan por la Generalitat, en exclusiva, respetando la legislación mercantil, se detenta competencia para el establecimiento y ordenación de cen-

deporte y el ocio (77), interior y seguridad pública (78), los medios de comunicación (79), las asociaciones y las fundaciones (80).

---

tros de contratación de mercancías y valores, que presente en el anterior texto estatutario no ha recibido aplicación hasta la fecha (y sobre cooperativas, pósitos y mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social circunscrita a su ámbito territorial). Es novedad la introducción de la competencia exclusiva sobre Cámaras de la Propiedad, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras Agrarias, sin perjuicio de lo que dispone el número 10 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española. Se mantiene la redacción relativa a las competencias en materia de Instituciones de crédito cooperativo, público y territorial y Cajas de Ahorro, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica del Estado; y Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios, libre circulación de bienes, la legislación sobre la defensa de la competencia y la legislación del Estado. La competencia en materia de mediación de seguros lo es exclusiva sin perjuicio de lo dispuesto en el 149 CE y las bases y ordenación de la actividad económica general. Por lo tanto deberá entenderse que el desarrollo de esta competencia debe centrarse en la ordenación de los aspectos corporativos y de conexión con la administración pública. La ejecución de la legislación del Estado es competencia de la Generalitat en lo que se refiere a Ferias internacionales que se celebren en la Comunitat Valenciana; los pesos, medidas y contraste de metales; la competencia con carácter expreso para recibir solicitudes de registro de marcas y examinarlas formalmente y la potestad de ejecución de la legislación anti-trust del Estado mediante servicios de defensa de la competencia autonómicos (EMBIU IRUJO, J.M.: «Las competencias económicas en el Estatuto» en *Comentarios al EACV* dir. BAÑO LEÓN, J.M., Thompson – Civitas, 2007, p. 17-53).

(77) De acuerdo con los artículos 49.1.4 al 6; 49.1.12; 49.1.28 y 30; 49.3.13; 51.1.5 y 57 del EACV, la Generalitat detenta competencia exclusiva en materia de Cultura; patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el número 28 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española; archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y demás centros de depósito que no sean de titularidad estatal; así como los conservatorios de música y danza, centros dramáticos y servicios de Bellas Artes de interés para la Comunitat Valenciana. De igual modo, se declara la competencia exclusiva en materia de turismo; deportes y ocio; casinos, juego y apuestas; y espectáculos. Mención específica recibe el Real Monasterio de Santa María de la Valldigna es templo espiritual, histórico y cultural del antiguo Reino de Valencia, y es, igualmente, símbolo de la grandeza del Pueblo Valenciano reconocido como Nacionalidad Histórica. La Generalitat recuperará, restaurará y conservará el monasterio, y protegerá su entorno paisajístico. Una Ley de Les Corts determinará el destino y utilización del Real Monasterio de Santa María de la Valldigna como punto de encuentro de todos los valencianos, y como centro de investigación y estudio para recuperar la historia de la Comunitat Valenciana. En relación con el Real Monasterio de Santa María de la Valldigna, las Cortes Generales estimaron oportuno realizar unas modificaciones sobre la redacción inicial, eliminando la mención a la consignación presupuestaria anual para su restauración, conservación y mantenimiento (GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 182, op. cit.; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 295, op. cit.). Por último, la ejecución de la legislación del Estado en materia de museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, cuya ejecución no quede reservada al Estado, es competencia de la Generalitat.

(78) De acuerdo con los artículos 49.3.14; 51.1.6 y 55, la Generalitat tiene competencia exclusiva sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la CE y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado sobre la Protección civil y seguridad pública Redacción final dada en virtud de la aprobación de las enmiendas 139 del Grupo Popular y 155 del Grupo Socialista en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, núm.

Por último, en las Cortes Generales se propusieron algunas modificaciones en el texto para incorporar nuevas competencias que no tuvieron el apoyo de los grupos mayoritarios como, por ejemplo, las competencias en materia de inmigración, la designación de representantes de la Generalitat en los organismos estatales económicos y sociales, Agencia Tributaria Valenciana y la creación de la Comisión bilateral Generalitat-Estado (81). Algunas de las competencias de la propuesta fueron matizadas en las Cortes Generales y, poste-

---

B-196-11, de 6/2/2006, p. 151). La regulación de la Policía Autonómica por la Generalitat mediante Ley de Les Corts y la creación de la Junta de Seguridad, en el artículo 55, se encuadran por las Cortes Generales en el marco de la Ley Orgánica a que se refiere el artículo 149.1.29 de la Constitución y de acuerdo con la legislación estatal, respectivamente (Redacción final dada en virtud de la aprobación de las enmiendas 143 del Grupo Popular y 159 del Grupo Socialista en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, núm B-196-11, de 6/2/2006, p. 151). Véase: GUILLEM CARRAU, J. y VISIEDO MAZÓN, F.: «Tramitación de la ...», p. 182, op. cit.; PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 293, op. cit.). Por último, la Generalitat detenta competencias ejecutivas de la legislación del Estado en lo relativo al salvamento marítimo.

(89) De acuerdo con los artículos 49.3.16 y 56, corresponde a la Generalitat, en el marco de las normas básicas del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión y del resto de medios de comunicación en la Comunitat Valenciana. La Generalitat tiene también competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado, sobre el Régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento (PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 294, op. cit.).

(80) En virtud de los artículos 49.1.23 y 22 y 51.1.8 del EACV, la Generalitat Valenciana detenta la competencia exclusiva sobre las Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico y benéfico asistencial, de voluntariado social y semejantes, cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunitat Valenciana. La precisión del ámbito principal de actuación se debe a las enmiendas 137 del Grupo Popular y 153 del Grupo Socialista del Congreso de los Diputados que fueron aprobadas en Comisión, entre otras, como mejoras técnicas a la iniciativa legislativa de las Cortes Valencianas. En su reunión de 2 de febrero de 2006, la Comisión Constitucional debatió el informe elaborado por la ponencia sobre la propuesta de reforma del EACV y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 116 y 131.1 del Reglamento del Congreso, se elevó Dictamen a la Presidencia de la Institución, que procedió a la publicación del mismo en el BOCG (BOCG, Congreso de los Diputados, núm B-196-11, de 6/2/2006, p. 151) Véase: PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 285, op. cit. Asimismo, se determina la competencia ejecutiva de la legislación del Estado en lo que se refiere al régimen jurídico de las asociaciones cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunidad Valenciana (PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 289, op. cit.). Por otro lado, los Colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas en el marco del artículo 39 y 139 CE, son competencia de la Generalitat.

(81) En relación a las competencias de inmigración, se presentaron sendas enmiendas (enmienda 14 del Grupo Parlamentario Mixto y las enmiendas 96 y 97 del Grupo Parlamentario GER-ECR). El resto de cuestiones apuntadas fueron propuestas en las enmiendas 104 a 108 y 114, todas ellas del Grupo Parlamentario ERC (BOCG, Congreso de los Diputados, núm B-196-11, de 6/2/2006, p. 151). Véase: PEÑARANDA RAMOS, J.L.: «Informe sobre la propuesta...», p. 287 y 297, op. cit.

riormente, recurridas ante el TC como es el caso de las afirmaciones de derechos relativos al agua (82).

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de las líneas que anteceden se ha revisado la reforma del EACV en sus principales aspectos competenciales, destacando las incidencias de su tramitación parlamentaria donde, fruto de las negociaciones entre los dos grupos mayoritarios en el Congreso de los Diputados, fueron realizadas modificaciones sustanciales a la propuesta inicial de reforma. Asimismo, con el interés de situar la cuestión competencial del EACV, ha sido considerada necesaria una breve referencia del contexto de las otras reformas estatutarias.

Desde el punto de vista competencial, tras la reforma del 2006, cabe destacar que, en primer lugar, se ha procedido a mantener la técnica legislativa clásica de asunción de competencias frente a las otras técnicas planteadas por la doctrina o puestas en práctica en otras reformas estatutarias. En segundo lugar, se percibe un incremento de los ámbitos competenciales desde el punto de vista material con matizaciones derivadas del iter parlamentario, por ejemplo, materias como el derecho foral civil y ámbitos como las relaciones con la UE y la acción exterior; como el propio Preámbulo indica, se trata «...de una reforma sustancial que permita disponer de un Estatuto que, dentro del marco constitucional, esté equiparado al más alto nivel». En tercer lugar, procede señalar que la reforma tramitada constituye un refuerzo del parlamentarismo mediante la ampliación de mayoría a 2/3 para la reforma del EACV y el establecimiento de la mayoría cualificada de 3/5 para desarrollar y reformar el entramado institucional; la creación del Consejo del Audiovisual para garantizar unos medios respetuosos e independientes; la potenciación de la autonomía local mediante el Fondo de Cooperación Municipal de la Comunidad Valenciana y la Comisión Mixta con la Federación Valenciana de Municipios y Provincias.

De este modo, la Generalitat, como conjunto de instituciones de autogobierno, podrá encontrar en el Estatuto reformado la base jurídica para el des-

---

(82) Recurso de inconstitucionalidad n.º 7288-2006, en relación con el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; y Recurso de inconstitucionalidad n.º 7289-2006, en relación con el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana [BOE n. 230 de 26/9/2006]. Ambos recursos fueron resueltos mediante Sentencias de 12 y 13 de diciembre de 2007 respectivamente, declarando la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, por el que se le da nueva redacción al artículo 17 del EACV.

arrollo de políticas y actuaciones en los más diversos niveles competenciales. También, con los nuevos instrumentos que ofrece el Estatuto reformado, el poder competencial autonómico será medido principalmente por la capacidad de elaborar políticas públicas y por la calidad del ejercicio de las competencias por las Cortes Valencianas.

Finalmente, en el ámbito de la organización territorial, el Estatuto continúa sentando las bases de integración y coordinación de las administraciones local y autonómica, constituyéndose como eje integrador y de cohesión entre las tres provincias de la Comunidad Valenciana.



# LA ÉTICA ADMINISTRATIVA: ELEMENTO IMPRESCINDIBLE DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

MANUEL DÍAZ MUIÑA  
IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE

Sobre el verdadero sentido de la palabra moralidad señalaba Ricardo y Amat, en su obra Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo (1855), lo que sigue:

*«Señora extraviada en la corte cuyo paradero se ignora, por más que se ha ofrecido un hallazgo al que la presente. Los que más aparentan buscarla le cierran la puerta cuando se presenta en sus casas y, aburrida de tanto desprecio, dicen que se va peregrinando ahora por los pueblos pequeños, acompañada de su hermana la justicia, tan despreciada como ella. Probablemente tendrán que emigrar pronto de España, si no quieren morir de una sofocación».*

SUMARIO: I. LA ÉTICA EN EL ENTORNO DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS. II.— LA INFRAESTRUCTURA ÉTICA.— III. EL PAPEL DE LA BUROCRACIA.— IV. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA: 1. La codificación de normas éticas. 2. Los códigos de conducta como elementos de la infraestructura ética de la Administración. 3. Actualidad de los códigos de conducta. Códigos de buen gobierno y de buena administración: A) El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa. B) Los códigos de conducta en España: a) Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración. b) Código de Conducta de los empleados públicos. Arts. 52 a 54 del Estatuto Básico del empleado público. 4. El derecho a una buena administración. Una nueva perspectiva de los códigos de conducta de la Administración.— V. NOTAS PARA LA REFLEXIÓN.— VI. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El presente artículo lleva a cabo un análisis de lo que ha de ser una infraestructura ética en cuanto que conjunto de instrumentos que fomenten valores de probidad en el seno de la Administración Pública. Así, sin querer poner el acento en ninguno de esos instrumentos, en especial, porque tiene que ser un engranaje de todos, nos referimos al elemento clave del compromiso político, a la necesidad de un marco legal efectivo, así como a la existencia de unos mecanismos de exigibilidad o respon-

sabilidad, junto con un inevitable proceso de socialización profesional, una asunción de liderazgo y unas correctas condiciones de trabajo proporcionadas a través de una adecuada política de recursos humanos. Todo ello, haciendo, al final, especial hincapié en uno de esos instrumentos: los códigos de conducta, que pueden o deben cumplir un papel orientador y de control del comportamiento exigido a los funcionarios públicos y los principios éticos aplicables al servicio público.

Siendo así, si la aceptación de la realidad no debe ser nunca pasiva ni resignada, nuestra pretensión, no sin cierta ingenuidad, es abrir un discurso que promueva una profunda renovación personal y social capaz de garantizar justicia, honestidad y transparencia.

*Palabras clave:* ética pública; Administración Pública; infraestructura ética; códigos de conducta.

*ABSTRACT: This article explains an analysis of what an ethical infrastructure should be as a grouping of measures that promote values of honesty within the Public Administration. Without emphasizing any specific aspect, because it must be a combination of them all equally, we refer to the key element of the political commitment, the necessity of an effective legal framework, and the existence of requirements or responsibility. All of it together with an inevitable process of professional socialization, an assumption of leadership, and with proper work conditions through the use of an adequate human resource policy. Finally, we make an especial focus on one of these aspects: codes of conduct, that should be followed by the civil servants and the ethical principals applicable to the public service.*

*This way, the acceptance of reality wouldn't be passive or resigned, our intention, not without certain ingenuity, is to open an opinion that promotes a deep personal and social renovation capable of guaranteeing justice, honesty and transparency.*

*Key words:* public ethic; Public Administration; ethical infrastructure; codes of conduct.

## **I. LA ÉTICA EN EL ENTORNO DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS**

La función pública es un valor social. Los ciudadanos esperan que los servidores públicos atiendan el interés público con equidad y que, en el día a día, administren bien los recursos públicos. Un servicio público justo y fiable genera confianza en el público y crea un ambiente favorable para las empresas, contribuyendo así al buen funcionamiento de los mercados y al crecimiento económico.

Sin embargo, parece que no soplan vientos favorables para quienes pretendan embarcarse en la tarea de fundamentar la moral, quizá porque nos de todo igual fruto de un conformismo mal entendido o incluso porque la situación se torna cómoda. Pero, sea como fuere, queda mucho trabajo por reco-

rrer. Parte del mismo, al menos desde la perspectiva de la reflexión, es a lo que se pretende que sirvan las siguientes manifestaciones.

Siguiendo a Fernando SAVATER, es preciso indicar lo que sigue: *«ciertas cosas uno puede aprenderlas o no, a voluntad. Como nadie es capaz de saberlo todo, no hay más remedio que elegir y aceptar con humildad lo mucho que ignoramos. Se puede vivir si saber astrofísica, ni ebanistería, incluso sin saber leer ni escribir: se vive peor, pero se vive. Ahora bien, otras cosas hay que saberlas porque en ello, como suele decirse, nos va la vida. Es preciso estar enterado, por ejemplo, de que saltar desde el balcón de un 6º piso no es cosa buena para la salud. Saber lo que nos conviene, es decir: distinguir entre lo bueno y lo malo, es un conocimiento que todos intentamos adquirir por la cuenta que nos trae»* (SAVATER, 2007).

Es por ello que deberíamos tener la suficiente capacidad para responder a lo que nos pasa, entendiendo que no todo da igual y ésta es una tarea individual, de cada uno de los que formamos parte de las organizaciones públicas.

Probablemente, el elemento clave para la propagación de los principios éticos a través de la organización sea la Dirección de Recursos Humanos, encargada de crear una atmósfera de respeto mutuo y de justicia o lo que es lo mismo de diálogo constante; en el convencimiento de que las mejores ideas deben ganar incluso sobre la jerarquía.

En tal sentido, toda iniciativa de fortalecimiento ético en el sector público, está llamada a fracasar a menos que sea respaldada por un compromiso que necesita expresarse mediante declaraciones (discursos, anuncios públicos, declaraciones escritas de los líderes,...), demostrarse mediante el ejemplo y fundamentarse mediante la asignación de los correspondientes recursos.

Sobre la constatación de que los funcionarios están haciendo política en la administración (política administrativa), la ética pública se constituye como un instrumento que sirve para evitar la politización o el servicio exclusivo a los intereses políticos partidistas de los servidores públicos, puesto que esto sí implicaría un retroceso en el aparato público.

En la Administración Pública como organización compuesta de personas que gestionan intereses generales, en los términos de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, la idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública. Ya sea autoridad ya funcionario público debe hacer prevalecer lo que sea mejor para los intereses públicos y por esto es que las consideraciones éticas han de constituir algo consustancial con la actividad de quienes forman parte de las Administraciones Públicas. Pero, es más, ese compromiso ético resultaría también

eficiente para la institución puesto que la ética reduce costes de coordinación externos e internos, posibilitando, además, la identificación con la institución.

Es cierto que las personas que están en las instituciones públicas son seres sociales y ello entraña la necesidad de compartir y de intentar en cada momento superar el inevitable conflicto que toda convivencia genera. Por eso sería bueno diseñar unas normas de conducta que permitan una mejor convivencia.

Por lo demás, es fácil deducir que con frecuencia podemos tener que enfrentarnos a serios problemas morales o conflictos, fruto de esa convivencia a la que hacíamos referencia, que pueden ser internos o que se generan con otros individuos dentro de la organización. Y es aquí donde cada uno individualmente tiene que dar muestras de su capacidad de respuesta y de su grado de compromiso con el interés público al que sirve.

A pesar de los intentos de modernización de las organizaciones públicas, orientados en su mayoría a mejorar procesos técnicos, como la informatización, la capacitación técnica de los funcionarios y el trabajo en red, cada vez más se hace evidente que tales aspectos no se pueden descontextualizar del marco que remite a la consolidación de una nueva cultura de la gestión pública que apunta al fortalecimiento ético de las organizaciones, con una capacidad irradiadora hacia otros sectores de la sociedad centrado en el concepto de Ethos de la Administración en el ámbito público.

Por eso, en el marco de las preocupaciones actuales en torno a la reforma y la modernización administrativa, la ética de la Función Pública cobra especial importancia, sobre todo en lo que se refiere a su interiorización consciente por parte de las personas concretas que, en las organizaciones del ámbito público, ejercen funciones decisorias. La necesaria integración de los niveles, de una ética personal, con los niveles de una ética profesional y los de la ética de las organizaciones, desemboca en una ética cívica y en una ética de la convivencia, de carácter global (MARTÍN FIORINO, 2003).

La gestión pública se desempeña en un contexto compuesto por reglas, toma de decisiones y conflictos en los cuales la ética de la gestión pública puede orientar en situaciones concretas acerca de los valores que definen los niveles de responsabilidad, conciencia e identidad de la organización.

Pero, ¿por qué es importante la ética en la gestión pública? La integridad de los políticos y los funcionarios es un ingrediente esencial de la sociedad democrática. Los funcionarios ejercemos de diversas formas un poder discrecional en nuestro trabajo diario, en la administración de los recursos públicos, en la interrelación con los ciudadanos,... Y, así, la ética es un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso del poder público,

un factor vital para la creación y mantenimiento de la confianza en la Administración y sus instituciones. En consecuencia, la ética es un factor clave de la calidad de la Administración.

Siendo que la ética puede ser puramente instrumental, puede ser sólo un medio para un fin, pero un medio necesario. Deberíamos poder convenir que la ética de gobierno es una condición sine qua non para una buena política pública concreta.

La dimensión ética de la política tiene que caracterizarse por la conexión con la realidad y con los valores de la sociedad y exigir practicar la virtud de la originalidad, de la creación y de la anticipación del futuro. De hecho, muchas de las intervenciones de estos actores públicos, responden, más bien a intereses y preferencias de la clase del poder, el llamado bienestar del Estado, que al interés público del Estado de bienestar. La realidad nos aproxima más al modelo de la conducta de las personas, con sus preferencias y coste de oportunidad, que no son ajenos al propio interés, aunque se actúe en el ámbito del público: son las restricciones, reglas, normas y pautas de ética colectiva las que deben inspirar y modelar los comportamientos de quien actúa en dicho ámbito.

En este punto, menciono aparte merecerían los conflictos de intereses de los responsables públicos en cuanto que conflictos entre obligaciones públicas e interés privado que puede indebidamente influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades (OCDE, 2004).

Es lo cierto que en economías avanzadas e interconectadas resulta difícil poner límites al uso del poder pues las posibilidades de actuar de forma fraudulenta son infinitas. Aún más, la sofisticación aumenta cuanto más avanzado es el país afectado, quedando ocultos a la opinión pública numerosos hechos que, realmente, implican abuso de poder y beneficio privado.

Tal y como señala Manuel VILLORIA, el conflicto de interés es un prerequisite para la corrupción, pero no tiene porque acabar en ella. Para que exista corrupción el conflicto tiene que ser real y la actuación del responsable público tiene que desembocar en una decisión o inacción en la que prime el interés privado sobre el público (VILLORIA, 2007).

Sin embargo, la corrupción política es un problema de carácter universal. No hay país en el mundo inmune a este flagelo; por el contrario, todos los países sufren en mayor o menor medida los efectos de la corrupción y constatar la universalidad del problema tiene una consecuencia lógica y es que la lucha contra la corrupción es también un tema global, un esfuerzo de todos.

Es evidente que la corrupción deslegitima al sistema democrático, y en general los actos de corrupción deslegitiman a toda la actividad política. Atenta

gravemente contra el desarrollo económico y contra la confianza en la sociedad civil con lo que la posibilidad de construir capital social es prácticamente cero.

Con todo, citamos a Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, *«la corrupción más grave que acecha a la Administración es el ambiente de incompetencia o mediocridad de quien no es consciente del elevado valor que tiene el servicio público, cualquiera que sea el puesto que se ocupe en la maquinaria administrativa»* (RODRÍGUEZ-ARANA, 1996).

La corrupción, en palabras de Janos BERTOK, es un signo de un sistema que está funcionando pobremente, más que una causa del deterioro del sistema (BERTOK, 2000).

Debería estar muy claro que los funcionarios públicos no están por arriba de las leyes. En todo caso, uno de los factores más importantes para asegurar responsabilidad en el sector público, es constituir unos gobiernos más transparentes. La transparencia asegura que la gente tenga el derecho irrevocable de ser informado de cómo el gobierno utiliza los recursos que le son dados. Requiriendo la libre circulación de la información y la existencia de un periodismo independiente pueden reforzar la transparencia.

En palabras de Jaime BINDER ROSAS, hay tres aspectos relevantes que merece la pena resaltar a la hora de diseñar políticas públicas tendentes a evitar o erradicar la corrupción (BINDER, 2002).

En primer lugar, siempre existirán puntos ciegos donde no será posible la intervención de controles legales. Ésta es la razón que hace tan importante la formación de una cultura ética que permita el autocontrol en la administración.

En segundo lugar, la participación ciudadana es clave para evitar la corrupción en ambientes de mayor discrecionalidad de los funcionarios públicos.

En tercer lugar, si bien a nivel de principios parece una buena idea plantearse la corrupción en términos de blancos y negros y buscar una especie de tolerancia cero, en los hechos no es tan recomendable utilizar este enfoque. Hay que buscar una forma de sancionar los grises, porque es evidente que no es lo mismo que un funcionario público se lleve materiales de escritorio para su casa a que acepte sobornos para otorgar una licitación a determinada empresa.

A nivel legislativo, sobre este particular es preciso hacer referencia a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (BOE nº 86, de 11 de abril), la cual aún promoviendo la denun-

cia como instrumento de detección de supuestos de funcionamiento anómalos, lo cierto es que no prevé un sistema de protección por lo que las denuncias internas son casi inexistentes. Éste, entendemos, debiera ser motivo de análisis en profundidad puesto que valorando la bondad de la norma, sin embargo, no diseña una vía de denuncia sencilla otorgando absoluta garantía al denunciante mediante la configuración de medidas tales como mantener el anonimato, o en dar garantías de testigo protegido, etc. con ausencia, claro está, de poder sufrir represalias.

Es verdad que para ganar en confianza y reforzar o fortalecer las instituciones en su conjunto habría que seguir profundizando en todos estos aspectos de gestión de los conflictos de interés. Incluso, el buen funcionamiento del instrumento de la recusación y la abstención en la toma de decisiones podría significar un salto cualitativo en el quehacer diario de las diferentes Administraciones, aun cuando pueda haber, efectivamente, otros muchos aspectos necesitados de desarrollo que permitieran delimitar con mayor claridad la actuación pública y la de la esfera privada del responsable público.

Es lo cierto que el servicio público afronta desafíos y presiones difíciles. La aparente disminución de la confianza del público en el gobierno plantea un importante desafío político. Los servidores públicos enfrentan nuevos y distintos objetivos y conflictos de intereses debido a las reformas del sector público. En tal sentido, factores como la limitación de los recursos provocan reducción y reestructuración y la globalización, que aumenta el contacto con diferentes normas éticas y culturales y propicia un cambio en la manera como percibe la sociedad la función del servicio público. No obstante, la fiabilidad de las instituciones públicas y la credibilidad de los funcionarios siguen siendo factores vitales de la buena gobernanza y la integridad de los políticos y servidores públicos es un ingrediente decisivo de una sociedad democrática. En general, la integridad y la ética tienen que convertirse en factores clave de la calidad del gobierno.

En otro orden de cosas, debemos señalar que otro obstáculo para el despliegue de la ética en la Administración Pública lo constituye el cada vez mayor uso de la discrecionalidad amparándose en la necesaria búsqueda de la eficacia y la eficiencia en el funcionamiento de la Administración Pública. Sin obviar esto último, no debería ello mermar el rigor normativo y procedimental que construyó el Estado de Derecho ni mucho menos, si acaso, diluir las responsabilidades por las consecuencias de los actos administrativos e incluso encubrir las conductas incorrectas o carentes de ética.

Asimismo, otro condicionante para la ética administrativa es el de los nuevos instrumentos de gestión que adoptan formas privadas (llámense agencias, entes, empresas, fundaciones, etc.) que han creado una red de interco-

nexiones entre el sector público y los intereses privados que, siendo a menudo necesarias para cumplir sus objetivos, pueden suponer un cierto riesgo de que los gestores públicos pierdan de vista, en algún momento, el fin al que sirven. Esto es especialmente preocupante en aquellos entes instrumentales cuya configuración jurídica reside en exclusiva en la competencia del Gobierno correspondiente y que por tanto escapa al control parlamentario, pues aquí sí que sería necesaria una más sólida y motivada justificación, más allá de una genérica e indeterminada referencia a una gestión más ágil y eficaz.

Por eso, con la que está «cayendo» nos parece fundamental que por parte de los Gobiernos se proceda a la elaboración de unas normas de conducta, de ética que modulen el comportamiento de la clase política y de los funcionarios de las distintas Administraciones.

Por lo demás, consideramos preciso apuntar al tratar el tema de la ética desde la perspectiva de la organización que el nuevo modelo y cultura post-burocrática, pretenden, más que cumplir meramente las normas, alcanzar resultados cumpliendo misiones, tareas y objetivos, lo cual resultando coherente con lo dispuesto, entre otros artículos, en el artículo 103 de la Constitución, no debiera hacernos perder de vista en ningún caso el papel fundamental que debiera tener la motivación y el clima laboral en el sector público, debiendo apostar decididamente por situar en la agenda política, con carácter de permanencia, la ética pública como un principio y un valor en alza, para lograr comportamientos deseables de forma voluntaria e interiorizada, por el deber ser y por una filosofía de servicio a la ciudadanía.

Sin embargo, desgraciadamente, la inercia pesa mucho en la Administración y en sus agentes, sobre todo si analizamos los éxitos y fracasos de las reformas habidas hasta la fecha. Resultando muy difícil efectuar un cambio de cultura (creencias, sentimientos compartidos, valores de los miembros de la organización, etc.), habría que abogar por una mentalidad en constante innovación y reforma, afrontando los cambios con decisión y asumiendo los obstáculos que puedan surgir.

Al final —y al principio— los únicos recursos que cuentan son los recursos humanos que, sin embargo, una y otra vez se convierten o bien en la excusa para abandonar el laborioso y complejo trabajo de cualquier proceso de cambio, o en el centro exclusivo de atención, y todo ello, permítaseme, con el fin avieso de desprestigiar a la burocracia y ahondar en su mala imagen.

En definitiva, propiciar un nuevo esquema de empleo público exige, antes de nada, «comprender y compartir el futuro», «ilusionarse con él e iniciar el duro y largo recorrido». Para ello, lo primero, se requiere voluntad política para liderar el cambio que empezará —y aquí reside la clave del éxito o fracaso de la tarea— en sus dirigentes. Corresponde, por tanto, a los partidos



políticos empeñarse en la apuesta decidida por un sistema de futuro de selección, formación, promoción, control y separación de los responsables de la dirección y gestión de las Administraciones Públicas desde cuyo poder habrán de llevar a cabo su sueño y compromiso de transformar una sociedad encaminada hacia un nuevo futuro deseado. A partir de ahí, el conjunto del sistema irá cambiando, de forma positiva, a medida que la propia sociedad lo demande.

Es cierto, como ya se ha señalado, que las fronteras tradicionales entre las organizaciones públicas y las privadas se han difuminado fruto de diferentes procesos de privatización y como consecuencia de todo un universo de acuerdos de colaboración y no sería extraño a corto-medio plazo asistir a un proceso inverso como consecuencia de la demanda cada vez mayor de servicios universales por parte de la ciudadanía.

Por eso tal y como señala Manuel VILLORIA *«hoy más que nunca es preciso tener una burocracia independiente y neutral, seleccionada por criterios de mérito. Una Administración profesionalizada y con sistemas de control internos y externos desarrollados sigue siendo una de las barreras más importantes contra la corrupción»* (VILLORIA, 2000).

## II. LA INFRAESTRUCTURA ÉTICA

Siguiendo al profesor Jaime BINDER ROSAS, la infraestructura ética es un término acuñado por la OCDE que implica considerar la voluntad y el compromiso político para prevenir y erradicar la corrupción; la eficacia del marco institucional, tanto en sus aspectos legales como administrativos; la capacidad de la sociedad civil organizada; y la sinergia que se produce entre todos estos elementos (BINDER, 2002).

Que duda cabe que el sistema democrático de derecho es el sistema que menos favorece la corrupción, pero hay que hacer matices, no basta sólo la democracia para evitar la corrupción y de hecho sobran ejemplos de democracias que se deterioran por la corrupción política. Es así que, la democracia más antigua del mundo, Estados Unidos, no ha sido capaz de detener la corrupción que ha comenzado con el caso Enron y que luego ha alcanzado a muchas empresas consideradas de gran solidez.

Janos BERTOK argumenta que no existe una sola cura para la enfermedad que constituye la corrupción pública. En cambio, lo que se necesita es un enfoque multifacético que combine incentivos para no caer en la corrupción y castigos para aquellos empleados públicos que no respeten la Ley. Juntos, estos enfoques constituyen lo que este autor denomina «infraestructura ética». Ésta

es la piedra angular en una estrategia comprensiva para combatir la corrupción en el sector público (BERTOK, 2000).

Ese mismo autor indica que no existe un método único para construir una infraestructura de la ética en el servicio público. Más bien, se requiere una combinación de incentivos y sanciones que favorezcan normas profesionales de conducta, máxime cuando favorecer la integridad en el servicio público nunca ha sido más sobresaliente que en la actualidad.

Así, la orientación es proporcionada por un sólido compromiso de parte de los dirigentes políticos, declaraciones de valores como códigos de conducta, y actividades de socialización profesional como son la instrucción y la capacitación.

La administración puede realizarse mediante la coordinación de un cuerpo o de un organismo administrativo central existente, y mediante condiciones de servicio público, políticas y prácticas de administración.

El control se garantiza, principalmente, mediante un marco legal que permita la investigación y el enjuiciamiento independientes; responsabilidad y mecanismos de control eficaces; transparencia, participación del público y escrutinio.

Cultivar la integridad empieza con valores y normas claros; sin embargo, hay que crear mecanismos para comunicar e inculcar los valores y normas establecidos, vigilar su cumplimiento y premiar la conducta ética, por una parte, y denunciar, detectar y castigar la mala conducta, por la otra.

La administración de recursos humanos debiera desempeñar un papel clave en la promoción de un ambiente ético. En particular, debería poner en vigor valores esenciales insistiendo en el profesionalismo, la competencia y la transparencia en la práctica cotidiana. Ésta —la transparencia— es considerada el objetivo global para impulsar el proceso de democratización y modernización de la administración y para lograr servicios públicos más «amigables» con el usuario.

En definitiva, contar con una infraestructura ética que permita educar y fomentar valores de probidad es parte del proceso de modernización del Estado.

La nueva gestión pública que utiliza los valores de economía, eficiencia y eficacia, no es neutra moralmente como a primera vista puede parecer. Gastar bien los recursos limitados es un imperativo ético. Hacemos nuestra la recomendación de la OCDE que indica que al modelo de las «tres E» (economía, eficiencia y eficacia), se le propone agregar expresamente una cuarta «E», la ética; y sólo con la creación de una infraestructura ética, será posible abordar los temas de la nueva gestión pública desde una perspectiva sistémica.

Es así, que hay Gobiernos, a los que podríamos y deberíamos seguir con decisión, que utilizan numerosos instrumentos y procedimientos que tratan de evitar conductas indeseables y de incentivar las buenas conductas y es a este conjunto de instrumentos y procedimientos a lo que la OCDE denomina infraestructura ética, que incorpora tanto elementos normativos como estructurales.

La aplicación práctica de cualquier programa de ética tiene lugar, en último término, en el ámbito de cualquier instancia administrativa en la que el servidor público presta sus servicios. Por eso es conveniente analizar si un determinado componente de la infraestructura ética tiene carácter interno o externo a dicha instancia administrativa, puesto que, como veremos, considerando los elementos externos (compromiso político, marco legal, participación y control públicos e instancias coordinadoras) como fuente de autoridad y de contenido para las normas de comportamiento; los elementos internos (mecanismos de responsabilidad, códigos de conducta, formación y condiciones del servicio público) proporcionan en gran medida orientación y pautas a los servidores públicos.

En este sentido, el primer elemento de la infraestructura ética es pues el *compromiso político*, pieza clave toda vez que sin mensajes claros por parte de los líderes políticos, las iniciativas para mejorar el nivel de la ética en el sector público caerán en el vacío. Se trata del ejemplo que han de ofrecer los líderes en cuanto a modelos de conducta. En primer lugar, como políticos, tienen la obligación de responder ante los votantes por las actividades realizadas en su nombre, lo que les coloca en una posición única para exigir que las decisiones adoptadas sean transparentes y los servicios se presten de forma equitativa. En segundo lugar, en su calidad de legisladores tienen a su disposición los poderes necesarios para hacer jurídicamente efectivas sus exigencias.

La expresión más tangible del compromiso político es la asignación de recursos, puesto que construir una infraestructura ética requiere, como se señala, de autoridad, pero también reclama dinero. Es posible que haya que convenir de inicio —no pasa nada— a la autoridad en cuanto a que se trata de una inversión segura, ganadora... Una inversión de calidad, cuyos frutos no tardarán en recogerse en forma de un óptimo funcionamiento de la organización que reportará bienestar a los que en ella trabajan y seguridad al ciudadano.

El segundo elemento es el *marco legal efectivo* en cuanto al conjunto de normas legales y reglamentarias que establecen las pautas de comportamiento de los funcionarios. Dado que inviste de eficacia jurídica a la infraestructura ética, opera como una función de control.

Este marco legal, para la OCDE, debería ser claro y consistente y no deberían añadirse nuevas normas que incrementen el volumen y la compleji-

dad de la legislación. En opinión de algunos, la ética no puede ser objeto de legislación, como mucho, la legislación puede definir los límites inferiores de las conductas aceptables.

Los principales elementos del marco legal de la infraestructura ética son el establecimiento de límites al comportamiento de los funcionarios y su aplicación efectiva mediante sanciones, así como el escrutinio y la iniciativa pública mediante la mejora de la transparencia en las actividades de gobierno (incluido el acceso a la información como un derecho administrativo que tenemos los ciudadanos). Las normas de comportamiento esperado de los funcionarios deben ser exigentes, en la medida en que administran la autoridad y los recursos del Estado. Por tanto, toda normativa reguladora de la integridad del servicio público establece obligaciones jurídicas y normas de comportamiento esperado, así como las consecuencias de su incumplimiento.

Al levantar el velo de las actividades institucionales de la administración pública y permitir su escrutinio público, las leyes de acceso a la información pueden contribuir a evitar las conductas no éticas. Los medios de comunicación cumplen un papel importante en este ámbito.

Claro está, la mayor transparencia implica mayor exigencia de responsabilidad, así como accesibilidad (facilidad de comprensión) y carácter dinámico (por vía interpretativa y de revisión y reforma) del marco legislativo, que debe indicar a los funcionarios qué deben hacer y cómo hacerlo, e informar al público en general de los deberes del servicio público de forma que pueda exigir a aquellos sus responsabilidades.

No obstante, hacer depender en exceso la infraestructura ética de la legislación tiene sus inconvenientes, pues tiende a fomentar la búsqueda del cumplimiento mínimo: la ejecución de las sanciones, pese a ser necesaria, está diseñada más bien para desincentivar los comportamientos indeseables que para promover los deseables.

Pero, ¿quién puede estar interesado en que la Administración funcione ineficientemente? Quizá algún político o funcionario puedan tener algún interés en ello, porque gracias a tal ineficiencia ellos pueden ofrecer selectivamente protección a sus clientes obteniendo con ello beneficios.

Siendo así, parece necesario contar con una legislación de conflictos de intereses e incompatibilidades avanzada y rigurosa porque, además, hay una percepción pública de creciente desconfianza hacia la política en términos generales y porque es obvio que la imagen de las instituciones sufre ante una generalizada percepción de corrupción política. Al final, es la percepción, y esperamos que sea sólo eso, de que los políticos no buscan el interés general lo que lleva a la desconfianza, es la percepción de que no tratan todas las

preferencias por igual y/o de que en sus decisiones la búsqueda del poder prima sobre la búsqueda del bien común lo que deteriora las relaciones.

En tercer lugar, pueden existir *mecanismos de exigibilidad o responsabilidad eficaces* para controlar la consecución de objetivos y la observancia de procedimientos y que van desde la exigencia de informes parlamentarios y procesos de auditoría hasta mecanismos internos, como la exigencia de actos por escrito, compensación por daños, etc. Teóricamente, los mecanismos de responsabilidad pueden estimular un comportamiento ético convirtiendo las actividades poco éticas en difíciles de acometer y fáciles de detectar.

Estos mecanismos actúan como controles preventivos (por ejemplo, los reglamentos y directrices de procedimiento) y como controles ex post sobre la actuación (por ejemplo, mediante auditorías e investigaciones internas y externas, emisión de informes internos y externos).

Un cuarto elemento serían *los códigos de conducta*, uno de los más debatidos. La OCDE ha detectado numerosas preocupaciones en relación con los códigos de conducta, de los que disponen varios países. Por eso, entre otras razones, hemos considerado conveniente darles un tratamiento específico en el último punto de este artículo.

Significar ahora, no obstante, que estos códigos de conducta, ya tengan carácter legal o administrativo, deben cubrir fundamentalmente un papel orientador en la infraestructura ética. No obstante, ejercerán también una función de control al establecer y dar publicidad a las restricciones de comportamientos y al establecer normas. Es preciso, pues, reconocer que la gran mayoría de los códigos tienen un carácter dual, disciplinario y de expectativas.

Por eso, dice la OCDE que los códigos pueden ser un marco útil de referencia pero que no se debe esperar de ellos que lleven el peso principal de la Administración de la ética. En el mejor caso constituyen un acompañamiento útil de las otras herramientas; en el peor se pueden encontrar con la indiferencia, cuando no la hostilidad de los empleados.

En términos de puesta en práctica, la importancia de que los documentos sean breves y estén redactados en un lenguaje sencillo, son factores clave para la utilización práctica del código como guía de comportamiento y decisión.

Es preciso, por lo demás, apuntar que la participación auténtica del personal en la formulación del código puede convertirse en la piedra angular de un programa integral de ética del sector público. En este caso, el código reflejará de forma más precisa las consideraciones éticas de sus usuarios y, además, la actualización y revisión del código ofrecerá oportunidades de socialización profesional continuada basada en los problemas reales.

Un quinto elemento sería la *socialización profesional*, proceso por el cual los funcionarios aprenden e inculcan valores y principios éticos. Los mecanismos clave de socialización son la educación y los programas de formación y la existencia de modelos ejemplares en los niveles superiores.

Lo cierto es que la formación en ética es un tema fundamental para el desarrollo futuro de las Administraciones Públicas. Formación, a nuestro juicio, que debiera procurarse a los funcionarios en prácticas durante la realización de los cursos selectivos y con posterioridad, una vez en la organización, a modo de reciclaje y conocimiento de las novedades que en ésta, como en cualquier materia, se producen. A través de planes y programas bien diseñados de Ética Pública se puede conseguir que los funcionarios adopten una postura creativa en su trabajo, independientemente del lugar que ocupen, de innovación, con mentalidad abierta y perspectiva de futuro.

Todo esto choca, desgraciadamente, con la realidad de algunas organizaciones embarcadas en un proceso de desactivación del «talento», de personas capaces, inteligentes, responsables y, sin embargo, al parecer «molestas» para determinados líderes. Ese no debe ser el camino y cuando eso sucede, habría que recuperar una senda que permita a todos, sin excepción, participar o al menos ocupar su lugar en la organización con dignidad.

El *liderazgo* sería otro de los elementos importantes para la modelación de comportamientos éticos de los funcionarios públicos. Los modelos ejemplares son una fuerza mucho más positiva que la retórica y las reglas. Si se percibe que los jefes están insuficientemente motivados en relación al interés por la ética y los valores, no es probable —dice la OCDE— que los funcionarios de nivel inferior presten mucha atención a dichos valores.

Nos atrevemos a decir que dichos líderes condicionan de tal modo las conductas individuales de los servidores públicos que, si aquéllos no se rigen por criterios éticos, se puede acabar haciendo imposible el desarrollo moral de las personas. Confieso que esto acaba frustrando muchas voluntades y generando un clima de desconfianza absoluta en la organización.

Y el sexto elemento serían las *condiciones de trabajo* en el servicio público, especialmente la política de recursos humanos que lleve a cabo el organismo. En palabras de la OCDE, «*si los funcionarios públicos se sienten que están mal pagados, que trabajan en exceso y en condiciones inseguras o si los conflictos laborales son frecuentes, probablemente estarán menos dispuestos a adoptar iniciativas para la mejora del rendimiento incluso en el aspecto ético. Por el contrario, un exceso de seguridad puede dar como resultado complacencia*».

Pues ni lo uno ni lo otro, pero los responsables de recursos humanos tendrían que ponerse a desarrollar, con seriedad, rigor y la necesaria sensibili-

dad, todo un conjunto de medidas tendentes a mejorar sustancialmente el entorno y reconocimiento laborales. Y, esto, porque las personas éticas que trabajan en una organización ética son los que están en las mejores condiciones para prestar los servicios que demanda la sociedad.

Siguiendo a Antonio ARGANDOÑA, la clave de cualquier organización está en las personas con las que cuenta: lo que puede hacer, y lo que puede hacer mejor que otras organizaciones, depende de su equipo humano. En primer lugar, de los conocimientos, de las capacidades y de las habilidades de los hombres y mujeres que la dirigen, que trabajan en ella o que colaboran con ella. Y en segundo lugar, de los conocimientos, capacidades y habilidades que esas mujeres y esos hombres sean capaces de aprender en el futuro. Y, sin duda, el énfasis debe recaer en este segundo componente, dinámico y evolutivo, pero también incierto y siempre necesitado de una reconquista permanente (ARGANDOÑA, 2000).

Siendo así, ¿qué es lo que atenaza a algunas direcciones de recursos humanos en determinadas administraciones públicas? Si es falta de capacidad para afrontar el reto, eso tiene solución; peor sería —y no lo queremos pensar así— que estuviéramos en presencia de direcciones sin un rumbo claro, sin ideas, en definitiva, direcciones perversas que no hacen sino que deteriorar y empobrecer sobremanera el ambiente de trabajo.

Como esto último, insisto, no lo consideramos probable, habría que apostar por la creación de equipos multidisciplinarios que analicen los fallos y busquen soluciones favorables para lograr mejores condiciones de trabajo.

Téngase en cuenta que las personas no vivimos en compartimentos estancos y que la organización debe ser ética en sus objetivos, en su cultura y en su práctica diaria —que no nos asuste, pero hay trabajo por delante, toda vez que es una tarea que siempre admite mejora— al menos para no impedir que las personas se comporten éticamente y, en lo posible, para ayudarles y motivarles a hacerlo.

### **III. EL PAPEL DE LA BUROCRACIA**

Llegados a este punto, no podemos ni debemos dejar de hacer un ejercicio de autocrítica desde dentro, sopesando, valorando y analizando con objetividad y rigor nuestro papel de servidores públicos.

Creemos preciso recordar que la idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública. Autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para los intereses públicos (vid. artículo 103.1 Constitución). Por eso

los programas de ética pública se elaboran sobre la idea de servicio, tratando de imbuir la idea de que el funcionario está al servicio de la colectividad.

Y esto, que es importante siempre parece que ahora aún más cuando, como señala Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, desde hace unos años se ha intentado implantar una política de desprofesionalización de la función pública. Por más que se quiera maquillar, observando la realidad de nuestro entorno, asistimos con preocupación a esa falta de profesionalidad o si no cómo calificar la flexibilización, cada vez mayor, del empleo público a través de todo un entramado institucional y, por otra parte, lo que podía ser la otra cara de la misma moneda, incrementando la temporalidad en el empleo público por la ausencia injustificada de Ofertas anuales de Empleo Público.

En esta misma línea, incluso algunos autores han criticado el menosprecio de la legalidad que estaría implícito en la invocación a la eliminación de controles formales y la discrecionalidad gerencial que caracteriza a la Nueva Gestión Pública.

Es claro que todas estas situaciones generan un evidente debilitamiento del fundamento ético de las conductas públicas.

Desgraciadamente, algunos han podido comprobar —y no les ha parecido mal— las facilidades que el sistema ofrece para mejor satisfacer los intereses propios o del partido, para colocar a los adeptos en los cargos públicos, para adjudicar la ejecución de obras y servicios al que mejor se portaba, para proceder, en fin, a utilizar a su capricho el aparato administrativo, promoviendo y justificando sin pudor una huída del Derecho administrativo y aún dentro de éste una atenuación de las formalidades y controles que dejan amplios márgenes para que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

Y es por esto por lo que algunos creemos llegado el momento de reivindicar una urgente renovación que devuelva al menos parte de la confianza perdida. Sin duda, es largo y fatigoso el camino por recorrer y muchos y grandes los esfuerzos por realizar.

A juicio de Pablo GARCÍA MEXÍA «*existe una necesidad de forjar un entorno ético-público en que los valores de servicio a la comunidad constituyan un fundamento de actuación cotidiana de los poderes públicos*» (GARCÍA MEXÍA, 2001).

Señala, por lo demás, Manuel VILLORIA MENDIETA que ningún mecanismo de control ético-público resultará eficaz si no opera en un contexto adecuado, delimitado por tres coordenadas básicas: la de la moral, la del Derecho y la de la sociedad (VILLORIA, 2000).

Sin duda, es preciso revitalizar el papel de la moral, apelando a los valores que la gran mayoría de los ciudadanos compartimos tal y como los refleja nuestro texto constitucional.



En relación con el Derecho, se debiera ser especialmente cuidadoso para no enmarañarlo en exceso. Al margen de cuestiones que puedan preocupar más o menos desde la perspectiva de la técnica normativa, existe, a nuestro juicio una «motorización normativa» injustificada que, además, se elabora con una evidente falta de temple, lo cual genera muy poca confianza en el sistema, y con un olvido preocupante de aspectos que ayuden a una interpretación éticamente sensible de los aspectos jurídicos regulados. Máxime cuando el problema de nuestra situación administrativa y política no es un problema de normas, es un problema de educación cívica o, mejor dicho, de educación a secas, lo cual no nos debiera dejar indiferentes a nadie.

Y, por último, la sociedad, esto es, aquella a la que la organización administrativa sirve y que se presenta como el principal elemento motor de cualquier impulso ético-público de verdadera trascendencia. Bastaría, en tal sentido, hacer referencia a la historia de los escándalos políticos, todos ellos surgidos como reacción de sociedades airadas, defraudadas, traicionadas por cargos públicos que no se han hecho merecedores de la confianza en ellos depositada a la hora de otorgarles el poder y su correlativa responsabilidad. Y, en este contexto, nos gustaría reivindicar un especial protagonismo para los medios de comunicación social que debieran servir de vehículo para una opinión pública libre, pilar fundamental a su vez de la propia democracia.

En definitiva, se trataría de llegar al convencimiento, cada uno en su fuero interno, de que la conducta ética es lo más beneficioso y útil para el conjunto de las organizaciones, configurándose como un factor clave de la calidad de la Administración. No tendríamos que tolerar la incompetencia porque la misma diluye el compromiso con la calidad, el servicio y la responsabilidad.

Y esto es así porque consideramos que la gestión pública tiene ante sí el reto de afrontar con responsabilidad este nuevo escenario de combinación de las exigencias de seguridad jurídica, por una parte, y de eficacia, por otra, diseñando un conjunto de valores exigente, preciso y duradero que pueda revitalizar la vida democrática y haga al menos «respirable» el escenario en el que se tiene que desenvolver el factor humano de las Administraciones Públicas.

Y de la misma manera la buena Administración debiera estar seriamente comprometida con la búsqueda de soluciones a los problemas reales de la gente y por ello la comunicación cobra especial relevancia.

Nos atrevemos a decir que es necesaria más democracia, más transparencia, darle la importancia que se merece al trabajo serio, profesional, de muchos empleados públicos, quitando parte de la importancia —inmerecida o poco justificada— que se otorga a toda una serie de gestos superficiales y

poco fundados que lo que esconden es un deterioro de lo público e incluso una deslegitimación de la ética.

Sin embargo, nuestra actuación inercial, poco proclive a la crítica, sustentada, casi en exclusividad, en la existencia de un poder político que «lo manda» nos convierte en unos espectadores de lujo que asistimos con cierta apatía a una desmembración de lo público. No podemos por más tiempo seguir escudándonos en la falta de análisis ético de los comportamientos políticos aun cuando ello tenga una enorme importancia para la actuación ética del conjunto de los empleados públicos.

A nuestro juicio, tristemente, el escenario es el de una Administración enfrentada hacia dentro —entre los servidores públicos— por la disyuntiva que algunos plantean en los términos de «o eres de los nuestros o estás contra nosotros» lo cual, desde luego, envilece el discurso; y hacia fuera, enfrentando a una sociedad guiada por la desconfianza hacia lo público. Por eso son precisas soluciones desde el pensamiento plural, abierto y dinámico, huyendo de la fácil posición del pensamiento único que divide entre ganadores y perdedores.

Debiéramos convenir que el servidor público debe cumplir sus funciones de forma integrada, participativa con los otros miembros de la organización, promoviendo el trabajo en equipo y la participación de todos en la solución de los problemas y la mejora de los procesos. Para ello, es necesario mentalidad abierta, metodología del entendimiento y mayor sensibilidad social, esto es, un funcionariado con una ética sólida; en el bien entendido que es posible intentar mejorar o cambiar la realidad.

Es por ello, que si de verdad queremos avanzar en la consecución de mayores niveles de bienestar y libertad se hace preciso un entramado moral-normativo generador de la confianza necesaria entre el Estado y la sociedad.

Recordemos lo que decía Unamuno: «Venceréis, pero no convenceréis». En democracia se trata de ganar convenciendo a una mayoría, aunque siempre habrá una minoría irreductible con la que, a pesar de ello, hay que seguir conviviendo. Por eso, aunque a algunos no les guste, las reglas y el procedimiento son muy importantes.

Sin querer caer en el desánimo, cierto es, que no hay lugar para la auto-complacencia. Señalábamos al inicio que esto de la ética es una tarea individual, de cada uno de nosotros. Si es así, ¿a qué esperamos? Si tomáramos conciencia de nuestra responsabilidad social, de nuestra autoestima profesional y del verdadero valor de nuestra profesión, no toleraríamos semejante desampoderamiento, no permitiríamos esta desmembración de lo público.

Aun hoy, tristemente, hay quien mantiene, como lo hacía Michel DEBRÉ en los años 50, que «el funcionario es un hombre de silencio, sirve, trabaja

y calla» (concepción del funcionario-sujeto). Nosotros, que duda cabe, preferimos, siguiendo a Anicet Le Pors, la concepción del funcionario-ciudadano, reconociéndole, en razón de su vocación de servicio al interés general y de la responsabilidad que le incumbe en tal función, la plenitud de los derechos como ciudadano (LE PORS, 2008).

En definitiva, reclamamos una actitud alejada de la inhibición de las responsabilidades colectivas y de la flojedad de lo político-conveniente, centrada en la defensa de los valores constitucionales y preocupada por el respeto a los procesos democráticos.

## **IV. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA**

### **1. La codificación de normas éticas**

La elaboración de códigos de conducta responde a la idea de establecer una regulación más o menos detallada de principios y reglas de comportamiento ético a que debe acomodarse la actuación de los integrantes de una determinada organización. Los códigos de conducta presentan una indudable dimensión práctica que los hace muy útiles ya que facilitan a sus destinatarios un marco de actuación definido. Por este motivo han adquirido una gran relevancia tanto en el mundo empresarial (1) como en el ámbito público. En España, la codificación de los criterios éticos del servicio público fue ya recomendada en 1981 por la Mesa Redonda de la Asociación de Escuelas e Institutos de Administración Pública.

Si entramos a analizar la codificación de normas éticas en el sector público, debemos partir de la idea de que las organizaciones públicas se encuentran sometidas a la Ley. Por tanto, el ordenamiento jurídico constituye el marco de referencia que acota la actuación de los empleados públicos. Sin embargo, las normas deben ser interpretadas y además no siempre son precisas, de modo que en muchos casos hay un amplio margen de discrecionalidad en el proceso de adopción de decisiones. El problema de este ámbito de discrecionalidad es el de su control, que es especialmente complicado en el caso de la discrecionalidad negativa, la cual se manifiesta tanto en los casos en que los gestores públicos se niegan a actuar como cuando priorizan

---

(1) Los códigos de conducta tienen un gran desarrollo en el mundo empresarial, si bien sobre bases distintas. Así, las empresas que no observan un comportamiento socialmente responsable son penalizadas por el mercado, que hace que sus resultados se vean disminuidos (MÉNDEZ PICAZO, 2005, 145). Ante este panorama, las empresas han integrado comportamientos morales por parte de sus componentes entre sus estrategias de mercado (TREVINO, 2002, 226).

actuaciones secundarias en lugar de las que las normas les indican como preferentes (VILLORIA, 2000, 175).

La correcta actuación de los funcionarios en este proceso puede intentar garantizarse a través de un conjunto de controles de naturaleza jurídica. Sin embargo, estos controles implican límites de carácter negativo. Los códigos de conducta pretenden ir más lejos, orientando a través de principios y reglas la más adecuada toma de decisiones.

Como señala VILLORIA *«el sistema de controles vigente y aún el por desarrollar no bastan para garantizar una conducta ética. ... en todo empleado público, como ser humano, existe una conciencia, una justificación de sus decisiones, una identidad y una responsabilidad y para conseguir que dichas decisiones tengan la máxima integridad moral surgen los códigos de conducta, como instrumentos de reforzamiento de la conciencia colectiva, como reflexión en voz alta para ayudar en la elección»* (VILLORIA, 2000, 175-176).

## **2. Los códigos de conducta como elementos de la infraestructura ética de la Administración**

Como ya se ha expuesto antes, el informe OCDE sobre «Ética en el servicio público» incluye a los códigos de conducta como elementos integrantes de la infraestructura ética de la Administración, en la que cumplen un papel orientador y de control al establecer los niveles de comportamiento exigidos a los funcionarios públicos y los principios éticos aplicables al servicio público (2).

Podemos afirmar con DIEGO BAUTISTA que el código de conducta en el servicio público *«es una declaración en la que se definen las actitudes esperadas por parte de los servidores públicos señalando además principios éticos aplicables en su ámbito laboral. Abarca también un compendio de valores y antivalores así como una lista de responsabilidades y obligaciones jurídicas. Ya sean de carácter legal o administrativo, los códigos desempeñan un papel orientador y de control al establecer las restricciones de comportamiento»* (DIEGO BAUTISTA, 2007, 138).

---

(2) La realidad contra la que luchan los códigos de conducta es descrita de modo muy gráfico por el profesor Alejandro NIETO al formular algunas normas de comportamiento habituales en las Administraciones Públicas (NIETO, 1996):

- *«Nunca pasa nada ni puede pasar por no haber hecho nada»*
- *«No te metas en lo que no sea estrictamente tuyo, y no toleres que se metan en lo tuyo»*
- *«Si no creas problemas a los demás, es posible que no te los creen a ti»*
- Ley del punto crítico de tolerancia: *«Ajusta tu rendimiento al nivel más bajo en que se ha colocado un funcionario con tu misma retribución».*

Destinatarios principales de los códigos de conducta son los titulares de los órganos y unidades que realizan funciones administrativas a los que se imponen deberes en cuanto personas en sus relaciones con los demás funcionarios públicos, así como con los ciudadanos.

Ahora bien, ¿qué valores y principios deben recogerse en los códigos de conducta? Analizaremos la cuestión desde dos perspectivas:

1.— Por una parte, es necesario partir de la consideración de que la ética del servicio público es una ética aplicada por lo que inevitablemente afecta a valores propios de las distintas culturas. Sin embargo, parece posible identificar la presencia de valores universales para la Administración Pública (3). Así lo pone de manifiesto el informe de la OCDE sobre «Ética en el servicio público», según el cual hay una convergencia creciente en lo que se considera un comportamiento «bueno y correcto» (GILMAN Y LEWIS, 1996):

- Valores fundamentales íntimamente asociados a la democracia, la economía de mercado y la burocracia profesional
- Valores políticos de libertad y justicia
- Valores administrativos de eficiencia, eficacia y receptividad.

Los valores del servicio público pueden agruparse en tres conjuntos en función de su origen (DIEGO BAUTISTA, 2007, 135):

- Un primer grupo responde al modelo weberiano o burocrático: Dentro de él se incluyen valores como autoridad, capacidad, continuidad, diligencia, disciplina, obediencia, espíritu de servicio, integridad, jerarquía, lealtad, legalidad, mérito, neutralidad, inamovilidad...
- Un segundo grupo corresponde al modelo gerencial privado o de nueva gestión pública: Aprovechamiento de tiempo, calidad, cambio, capacidad de acción, competencia, economía, eficiencia, eficacia, especialización, flexibilidad, innovación/iniciativa, movilidad personal, productividad, racionalidad, rapidez, transparencia...
- Un tercer grupo integra valores provenientes de la participación social: capacidad crítica, civismo, colaboración, diálogo, equidad, justicia, movilización, participación, respeto, solidaridad, tolerancia, transparencia...

---

(3) Para Victoria CAMPS, los valores del servidor público son «el servicio al interés general, la imparcialidad, la transparencia, el uso adecuado de los bienes públicos, la responsabilidad profesional, la lealtad a la Administración, así como la humanización de la Administración» (CAMPS, 1997, 58).

Desde un plano distinto, en función de su naturaleza, John TAIT establece 4 grandes grupos de valores que deben incluirse en los códigos de conducta (TAIT, 1996, 53-57):

- *Valores democráticos*: Constituye la primera perspectiva desde la que debemos contemplar los valores del servicio público. Tait la considera la más importante ya que proporciona fundamento a las otras perspectivas. Uno de los valores fundamentales es la lealtad al interés público representado e interpretado por el gobierno democráticamente elegido y expresado en la Constitución y las Leyes (TAIT, 1996, 54).
- *Valores profesionales*: Tradicionales: excelencia, mérito, competencia profesional, eficacia, economía, franqueza, objetividad e imparcialidad, fidelidad. Nuevos: Calidad, innovación, iniciativa, creatividad, capacidad de recursos, servicio a los ciudadanos/clientes, colaboración, trabajo en equipo.
- *Valores éticos*: Integridad, honradez, probidad, prudencia; imparcialidad, equidad, discreción, confianza, responsabilidad, justicia, altruismo.
- *Valores públicos*: Muy relacionados con los valores éticos. Incluyen valores existenciales como moderación, decencia, razonabilidad, equilibrio, responsabilidad, valor, humanidad... y valores que los servidores públicos pueden mostrar u ofrecer a los ciudadanos como respeto, civismo, tolerancia, paciencia, benevolencia, reciprocidad, cortesía.

2.- Por otra parte, la traslación de estos valores comunes a los diferentes códigos de conducta está en función directa del sistema de principios y valores que define la Constitución de cada país, así como de la forma en que los selecciona e interpreta la sociedad en cada momento histórico (4).

Como hemos expuesto, los valores del servicio público responden a distintos fundamentos (democrático, ético, profesional o público). Varios valores igualmente aceptados pueden proyectarse sobre una misma acción pública, generando un conflicto, bien sea este interno o externo. Como señala

---

(4) El informe de la OCDE sobre «Ética en el servicio público» compara los principales valores para el servicio público existentes en una serie de países con el siguiente resultado:

*Australia*: Compromiso, honradez, hincapié en los resultados, integridad, mejora continua, mérito, responsabilidad, receptividad a las administraciones.

*Países Bajos*: Cualificación, fiabilidad, imparcialidad, lealtad, profesionalidad, transparencia.

*Portugal*: Competencia, integridad, legalidad, neutralidad, responsabilidad, servicio público.

A modo de ejemplo podemos señalar también una encuesta sobre valores públicos de los funcionarios realizada en 1994 en la Generalidad de Cataluña. Los valores destacados fueron los siguientes: Honestidad; eficiencia; formación; compromiso (innovación); responsabilidad; eficacia; servicio al ciudadano; coordinación; justicia; flexibilidad.

VILLORIA, «*existen valores políticos, sociales, económicos, profesionales y organizativos, cada uno con su propia constelación de valores y sus propias prioridades. Si se sirve a un valor plenamente, no se puede servir a otro, o, si se mantienen uno o varios de una naturaleza, se deben negar o relegar otro u otros de otra naturaleza*» (VILLORIA, 2000). Los códigos deben responder a esta cuestión de modo que los funcionarios puedan establecer en cada caso la prioridad de unos u otros valores o la mayor o menor intensidad con la que éstos se hayan de exigir.

Por todo ello, parece preciso que los códigos de conducta sean prácticos y con el suficiente grado de concreción que permita dar respuesta a los dilemas éticos que se suscitan en la actuación de los empleados públicos.

Bajo la denominación de código de conducta pueden incluirse dos tipos bien diferentes en función de su distinto valor jurídico (VILLORIA, 2000, 179):

— *Códigos de conducta orientadores* (5). Su carácter es meramente orientativo. Su incumplimiento no conlleva sanción jurídica. Según GARCÍA MEXÍA constituyen mecanismos de control ético-público positivo por dos razones:

\* Por su fin, ya que pretenden persuadir a sus destinatarios, que éstos interioricen sus valores, los asuman y actúen por propio convencimiento.

\* Por su método, ya que pretenden incentivar la actuación ético-pública «... acudiendo a estímulos puramente deontológicos y axiológicos, coadyuvados todo lo más por apelaciones a la calidad en el servicio y a la excelencia en la prestación, bases a su vez para la personal satisfacción del cargo o funcionario» (GARCÍA MEXÍA, 2001, 154).

— *Códigos de conducta normativos* (6). Conjuntos ordenados de reglas, tendentes a asegurar comportamientos éticos, cuya transgresión comporta sanciones de naturaleza jurídica. GARCÍA MEXÍA considera que constituyen mecanismos de control negativo por dos razones:

\* Por su fin, ya que pretenden disuadir —y no persuadir— a sus destinatarios a fin de que éstos eviten realizar una determinada conducta indeseada por temor a las consecuencias que conllevaría la infracción.

\* Por su método, ya que se proponen sancionar o reprimir la infracción mediante recursos punitivos (GARCÍA MEXÍA, 2001, 155).

---

(5) Los actuales códigos de conducta orientadores tienen como antecedente el «Code of Ethics for Government Service» (1958) aprobado mediante Resolución conjunta de la Cámara de Representantes y el Senado de los Estados Unidos.

(6) Ejemplo de código de conducta normativo puede ser el Código contenido en el Estatuto Básico de los Empleados Públicos. También, el Código modelo de conducta aprobado el 11 de mayo de 2000 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La doctrina más significada (VILLORIA, GARCÍA MEXÍA) considera que el sentido pleno de los códigos de conducta se alcanza en la medida en que tengan naturaleza orientadora y no normativa. Sólo en tal función pueden coadyuvar a reforzar la conciencia colectiva y facilitar a los funcionarios el acceso a una ética de perfil superior basada en la integridad moral y el razonamiento ético (VILLORIA, 2000, 176).

Para que un código de conducta pueda ser efectivo es preciso acompañarlo de un conjunto de elementos y medidas que lo complementen. La más característica sería la creación de un órgano especializado que reglamente, controle y vigile el cumplimiento (TERMES, 2000), bien sea un mecanismo de control externo:

- unidad central a cargo de la cual recae la responsabilidad de reglamentar y supervisar los programas de ética (por ejemplo, Office of Government Ethics-USA),
- Ombudsman,
- o un mecanismo de control interno:
  - en cada unidad u organismo
  - en una unidad especializada que lo asume para todo el organismo (por ejemplo una unidad de Función Pública),
- o incluso soluciones mixtas:
  - Funcionario especializado en cada unidad en contacto con un organismo externo de control.

Estos mecanismos son evidentemente más necesarios si se trata de un código de conducta orientador.

Las funciones del organismo de control serían básicamente fomentar la ética pública, elaborar criterios, orientar sobre problemas éticos, vigilar el cumplimiento de los códigos de conducta, resolver conflictos de intereses de los funcionarios y efectuar auditorías éticas (7). Es además esencial que se garantice la preservación de la identidad del denunciante, sea o no funcionario.

Es importante facilitar la existencia de mecanismos de participación de los servidores públicos en el proceso de elaboración de los códigos de con-

---

(7) Las *auditorías éticas* examinan un conjunto de indicadores entre los que se encuentran: Nivel de cumplimiento de normas, formación del personal en materia ética, absentismo laboral, recursos —nivel de conflictividad jurídica de las decisiones administrativas de la unidad—, controles de eficiencia y eficacia, grado de utilización y de protección y conservación de los bienes públicos a su cargo, conflictividad laboral, nivel de gastos realizados, nivel de calidad del servicio prestado (TERMES, 2000).



ducta. Con ello se conseguirá atribuirles una dimensión más práctica y se logrará una mayor implicación de sus destinatarios en el objetivo de que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas tengan la mayor integridad moral.

La eficacia de los códigos de conducta depende también en buena medida de su adecuado diseño. Deben ponderarse por ello los términos exactos en que se formulan los objetivos perseguidos y se definen las actitudes esperadas por parte de los servidores públicos, valorando los aspectos que requieren un mayor desarrollo y aquellos que deben tener una formulación general. Un exceso de abstracción puede hacer inviable el código, pero también puede producir el mismo efecto una excesiva especificidad.

También resulta necesario que se articulen mecanismos de información (sistemas de comunicación confidencial para discusión de temas éticos, elaboración de guías y directrices). Junto a todo ello, es esencial el factor temporal ya que sólo el paso del tiempo podrá favorecer la consolidación de una nueva cultura ética de las organizaciones públicas. En todo caso, conviene recordar que los códigos de conducta no resuelven nada por sí solos. Sólo su adecuada integración con el resto de elementos que configuran la infraestructura ética permitirá la consecución del objetivo enunciado.

No pueden ignorarse, sin embargo, las significadas voces que han manifestado su escepticismo ante los códigos de conducta. Así, Alejandro NIETO ha llegado a tildar al informe Nolan sobre los estándares de conducta de la vida pública de «... *“parto de los montes” absolutamente inútil (al menos desde la perspectiva española), superficial, tolerante, autocomplaciente —quizá hipócrita— y de agudas conclusiones que se limitan fundamentalmente a la formulación de insípidos códigos deontológicos»* (NIETO, 1997, 22) y SAINZ MORENO ha sostenido que *«un código de deontología funcional no es aconsejable: no sólo porque los funcionarios ya están sometidos a reglas disciplinarias que desempeñan, en parte, la función de esos códigos, sino, sobre todo, porque nunca podrían solucionar el tipo de problemas que hemos examinado...»* (SAINZ MORENO, 1998, 38).

### **3. Actualidad de los códigos de conducta. Códigos de buen gobierno y de buena administración**

Existe una larga tradición de códigos de conducta en los países anglosajones. Ya hemos hecho referencia antes al *Code of Ethics for Government Service* aprobado en Estados Unidos en 1958, de valor meramente orientador. Carácter normativo tienen en cambio las Normas de conducta de los funcionarios del poder ejecutivo aprobadas en los Estados Unidos en 1992.

También puede citarse la existencia de códigos de conducta de empleados públicos en Nueva Zelanda (1990) —Código de conducta del servicio público—, Reino Unido —Normas de conducta para la vida pública— (1995), Canadá —Código de conflictos e intereses y de postempleo para el servicio público— (1996) y Australia (1997).

Es asimismo destacable la temprana aprobación del Código de conducta del servicio público en Portugal (1990) y Noruega —que dispone de normas de conducta de naturaleza orientadora, individualizadas para cada organismo o agencia, que incluyen la misión y valores respectivos de cada institución—.

En el seno de las organizaciones internacionales, la cuestión ha sido objeto de un especial interés. Así, en Latinoamérica debe reseñarse el impulso que ha representado la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 por los países de la Organización de Estados Americanos que prevé, entre otras medidas, la aprobación de códigos de conducta para los empleados públicos (8). El diseño se completa desde el plano de la acción de gobierno con la reciente aprobación del Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006 (9). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 incorpora la aprobación de códigos de conducta como uno de los mecanismos adecuados para combatir la corrupción (10).

El proceso de formulación de códigos de conducta en Europa ha experimentado un fuerte impulso en los últimos años. Tres factores han contribuido a ello: El Informe Nolan sobre los estándares de conducta de la vida pública —elaborado por un Comité presidido por el Juez Nolan y presentado al Parlamento británico el 16 de mayo de 1995— propuso la elaboración de códigos de conducta. En el mismo sentido se pronunció el ya citado Informe de

---

(8) El artículo 3 de la Convención prevé la aprobación de «*normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones*». El mismo artículo contempla la existencia de «*mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta*».

(9) El Código Iberoamericano de Buen Gobierno fue aprobado por la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado reunida los días 22 y 23 de junio de 2006, en Montevideo, Uruguay, bajo la iniciativa del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y por la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada también en Montevideo los días 3 a 5 de noviembre de 2006.

(10) La Convención fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003. El artículo 8 de la Convención señala que estos códigos de conducta incorporarán los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada país, promoviendo en todo caso «... *la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos*».

la OCDE sobre «Ética en el servicio público» (1996), concibiendo estos documentos con una doble función, orientadora y de control.

El tercer hito viene constituido por el Informe especial de abril de 2000 del Defensor del Pueblo Europeo al Parlamento Europeo relativo a su investigación por iniciativa propia sobre la existencia y el acceso público a un Código de buena conducta administrativa en las instituciones y órganos comunitarios (OI/1/98/OV).

La investigación se inició en noviembre de 1998 (11). En julio y en septiembre de 1999, el Defensor del Pueblo presentó sus proyectos de recomendación a dieciocho instituciones y órganos comunitarios (cuatro instituciones comunitarias en el sentido del artículo 4 del Tratado, cuatro órganos establecidos en el Tratado, y diez «agencias comunitarias descentralizadas») (12) para que adoptasen normas relativas a la buena práctica administrativa de sus funcionarios en su trato con el público. Para ello, la institución o el órgano podría guiarse por las disposiciones incluidas en el Código de buena conducta administrativa del Defensor del Pueblo. Además, el Defensor del Pueblo insistió en que, para que las normas fueran eficaces y accesibles a los ciudadanos, deberían publicarse en forma de decisión en el Diario Oficial.

A la vista de las respuestas dadas por las diferentes instituciones, órganos y agencias de la Unión Europea, y «*con objeto de llegar a establecer unas normas de buena conducta administrativa aplicables por igual a todas las instituciones y órganos comunitarios en sus relaciones con el público*», el Defensor del Pueblo europeo en su informe especial al Parlamento europeo recomendó la promulgación de una normativa administrativa europea aplicable a todas las instituciones y órganos comunitarios.

## **A) El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa**

Por resolución de 6 de septiembre de 2001, el Parlamento Europeo aprobó un Código de Buena Conducta Administrativa dirigido a las institu-

---

(11) La idea de un Código similar había sido propuesta inicialmente por el parlamentario europeo Sr. Perry.

(12) El Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea, el Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Banco Europeo de Inversiones, el Banco Central Europeo, el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP), la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, la Agencia Europea del Medio Ambiente, la Agencia Europea para la Evaluación de los Medicamentos, la Oficina de Armonización del Mercado Interior, la Fundación Europea de la Formación, el Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías, el Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo y la Oficina comunitaria de variedades vegetales.

ciones y órganos de la Unión Europea, cuyos contenidos deberán ser respetados por esas administraciones y sus funcionarios en sus relaciones con los ciudadanos.

El Código se basa en la propuesta del Defensor del Pueblo europeo a la que se introdujeron cambios propuestos por el Sr. Perry como ponente del informe especial de la Comisión de Peticiones del Parlamento europeo. Su fundamento se encuentra en el derecho a una buena administración proclamado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El Código toma en cuenta los principios del Derecho administrativo europeo que dimanan de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, inspirándose en derechos nacionales. El análisis de su contenido nos muestra la confluencia de normas propias de una ley de procedimiento administrativo (obligación de acusar recibo, motivación de decisiones, plazo de adopción de decisiones, ofrecimiento de recursos, notificación....) con otras más próximas a un código de conducta (formulación de principios de legitimidad, no discriminación, proporcionalidad, imparcialidad e independencia, objetividad, justicia..., así como la configuración del Defensor del Pueblo Europeo como organismo de control encargado de velar por el cumplimiento de los principios establecidos en el Código).

## **B) Los códigos de conducta en España**

La Constitución constituye el referente ético común de todos los españoles. El preámbulo destaca que la Nación española desea establecer la justicia y promover el bien de cuantos la integran. El artículo 9.2 CE (13), al regular la función promocional de los poderes públicos, establece «*todo un programa de buen gobierno y de buena administración*» (RODRÍGUEZ-ARANA, 2006).

El contenido ético está bien presente en el artículo 10 CE —la dignidad de la persona, los derechos inviolables que lo son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social— y en el artículo 103.1 CE, que consagra 4 principios de actuación de la Administración pública: servicio de intereses generales; objetividad; eficacia; sometimiento pleno a la ley y al Derecho —integrando por ello los valores y principios constitucionales—, actua-

---

(13) «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

ción que debe realizarse a la vista de los criterios de eficiencia y eficacia en la programación y ejecución del gasto público (art. 31.2 CE).

El proceso de formulación de códigos de conducta en España ha sido relativamente reciente y en él se han distinguido de forma clara dos planos: miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración, por un lado, y empleados públicos, por otro.

### **a) Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración.**

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 es el primer instrumento jurídico en el que se recoge entre nosotros el concepto de buen gobierno aplicado al ámbito público, al regular los principios éticos y de conducta los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado. Quedan al margen, por tanto, los miembros de los órganos de gobierno y altos cargos de las Comunidades Autónomas (14) y de las entidades locales.

El Acuerdo hace referencia al conjunto de normas que definen el marco de actuación de los altos cargos y funcionarios públicos para ejercer sus funciones de acuerdo al bloque de la legalidad, que garantiza la transparencia, la eficacia, la dedicación plena, la imparcialidad e independencia y añade que es «...necesario que los poderes públicos ofrezcan a los ciudadanos el compromiso de que todos los altos cargos, en el ejercicio de sus funciones, han de cumplir no sólo las obligaciones previstas en las Leyes, sino que además su actuación ha de inspirarse por principios éticos y de conducta que hasta ahora no habían sido expresamente plasmados en las normas, aunque sí se inducían de ellas y que conforman un código de buen gobierno».

Nos encontramos ante un código de conducta orientador. Su eficacia jurídica es limitada. Los principios y valores en él recogidos solo serán exigibles en la medida en que encuentren respaldo en otras normas que prevean las consecuencias jurídicas de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso (15).

El código ha optado por una amplia enumeración de principios y valores, «lo que ineludiblemente lleva a redundancias innecesarias que, sin añadir nada nuevo, terminan por restar claridad y con ello fuerza y vigor a su

---

(14) La Diputación General de Aragón carece, a día de hoy, de un Código de Buen Gobierno.

(15) En este sentido, tiene singular relevancia la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

*misma proclamación»* (FERNÁNDEZ FARRERES, 2007). En efecto, el apartado primero del Código formula 15 principios básicos, éticos y de conducta: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres.

Estos principios se desarrollan de una manera confusa y artificiosa a continuación en el apartado segundo, «Principios éticos» y el apartado tercero, «Principios de conducta». Así, no se alcanzan a entender los criterios al amparo de los cuales se han agrupado unas reglas bajo la denominación de principios éticos y otras bajo la de principios de conducta. Por ejemplo, el Código considera principio ético que los miembros del Gobierno y altos cargos actúen de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia así como que vigilen el cumplimiento de los objetivos de la organización (apartado segundo. Principios éticos. regla 8) y considera principio de conducta que se abstengan de realizar un uso impropio de los bienes y servicios que tienen a su disposición por razón de su cargo (apartado tercero. Principios de conducta. Regla 9) o que administren los servicios públicos con austeridad (apartado tercero. Principios de conducta. Regla 5).

El cumplimiento del Código de Buen Gobierno se pretende garantizar con la regulación en el artículo cuarto de la emisión de un informe anual por el Ministerio de Administraciones Públicas —que deberá elevarlo al Consejo de Ministros— sobre los incumplimientos que se hayan apreciado, correspondiendo al Consejo de Ministros adoptar, en su caso, las medidas oportunas. No se impone su publicidad, de modo que desconocemos si estos informes anuales se han elaborado siquiera.

Debe tenerse en cuenta también el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, aprobado por la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado reunida los días 22 y 23 de junio de 2006, en Montevideo, Uruguay, bajo la iniciativa del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y por la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada también en Montevideo los días 3 a 5 de noviembre de 2006, que fue suscrito por España. Este código define el buen gobierno como *«aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho»* y establece como principios que guían la acción de un buen gobierno el respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona, la búsqueda permanente del interés general, la aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad

política de todos los ciudadanos y los pueblos y el respeto y promoción de las instituciones del estado de derecho y la justicia social.

El Código Iberoamericano formula los valores que han de guiar la acción del buen gobierno (16) y los desarrolla en 36 reglas vinculadas a la naturaleza democrática del gobierno, a la ética gubernamental y a la gestión pública. Sin embargo, no se establece mecanismo alguno de control interno o externo.

### **b) Código de Conducta de los empleados públicos. Arts. 52 a 54 del Estatuto Básico del empleado público**

El Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (B.O.E. nº 89, de 13 de abril), incorpora un código de conducta en sus artículos 52 a 54. Su destinatario es el personal funcionario, laboral y eventual de las Administraciones Públicas españolas en los términos que resultan de los artículos 2, 3 y 8 de la referida Ley (17).

El diseño del Código de Conducta de los empleados públicos guarda una fuerte relación con el Código de Buen Gobierno que acabamos de examinar. El artículo 52 del Estatuto formula prácticamente los mismos principios que el Código de Buen Gobierno había establecido como básicos para los miembros del Gobierno y altos cargos. Sólo hay una diferencia, se omite el principio de credibilidad, que no le parece al legislador que deba ser exigido a los empleados públicos. Los artículos 53 y 54 incorporan, respectivamente, los principios éticos y los principios de conducta que se desarrollan de la misma manera confusa y artificiosa que hemos puesto de manifiesto en el Código de Buen Gobierno.

La pretensión del código es orientadora, no obstante su carácter normativo. La Exposición de Motivos de la Ley afirma que *«estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora»*. Su exigibilidad estará en función de su reflejo en otras normas que atribuyan consecuencias jurídicas a su incumplimiento. En este sentido, las reglas y principios recogidos en el Código se configuran como *«límite de las actividades lícitas, cuya infracción*

---

(16) Los valores coinciden en gran medida con los que se incluyen en el Código español de Buen Gobierno con algunos matices: el Código español añade neutralidad, confidencialidad y honradez, que no aparecen en el Código Iberoamericano y éste último añade tolerancia, que no aparece en el español.

(17) Algunas Administraciones territoriales españolas tienen aprobados Códigos de conducta para sus empleados. Tal es el caso de Navarra que aprobó el Código Orientativo de Buenas Prácticas Administrativas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos públicos, en sus relaciones con los ciudadanos (Orden Foral 46/2004, de 15 de julio, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior).

*puede tener consecuencias disciplinarias». Así el artículo 52 in fine del Estatuto señala que «los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos».*

El Estatuto no prevé la articulación de un mecanismo de control interno o externo que pueda vigilar el cumplimiento del Código. Con ello se limita en gran medida su efectividad.

#### **4. El derecho a una buena administración. Una nueva perspectiva de los códigos de conducta de la Administración**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha formulado la «buena administración» como un principio general del derecho comunitario a través de una copiosa jurisprudencia (18).

Con posterioridad, la jurisprudencia de este Tribunal ha ido moldeando el derecho a una buena administración como un derecho fundamental que abarca diversos derechos (LORENZO DE MEMBIELA, 2007):

1.- Derecho a un tratamiento equitativo, imparcial y razonable de los asuntos por parte de las instituciones y órganos de la Unión y en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

2.- Derecho del afectado a ser oído.

3.- Derecho de acceso al expediente.

4.- La responsabilidad contractual y extracontractual de la Unión.

5.- La obligación de motivar las decisiones administrativas.

6.- El derecho a dirigirse y a recibir respuesta en la lengua de los Tratados de su elección.

7.- El artículo 43 de la Carta de Derechos Fundamentales que permite someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración (19) de las instituciones y órganos de la Unión.

8.- La garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

Se trataría así de un derecho de los ciudadanos europeos en cuanto tales y no un mero derecho de los administrados en su relación con las Instituciones y órganos de la Unión.

---

(18) Entre otras, STJ de 28 de mayo de 1980, asuntos acumulados C-33/79 y C-75/79, STJ de 9 de diciembre de 1982, asunto C-191/81, STJ de 23 de octubre de 1986, asunto C-321/85.

(19) El Parlamento europeo pidió al Defensor del Pueblo europeo que formulara un concepto de mala administración. Tanto el Parlamento como la Comisión aceptaron la definición siguiente: «La mala administración se produce cuando una entidad pública no actúa de acuerdo con una norma o un principio vinculante para ella».



Este derecho ha tenido plasmación en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (20) en los siguientes términos:

«1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.»

El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa ha venido a concretar la práctica del derecho a una buena administración.

Es cierto que el contenido del derecho a una buena administración incluye elementos muy heterogéneos. Sin embargo, presenta indudables conexiones con los códigos de conducta y, además, parece tener una naturaleza expansiva ya que las nuevas Constituciones tienden a incorporarlo como derecho fundamental, por lo que es previsible que en los próximos años extienda su contenido más allá de los estrictos ámbitos en que ahora se encuentra formulado. Ello puede dar un nuevo sentido a los códigos de conducta puesto que, como dice Rodríguez Arana, la conceptualización del buen gobierno o la buena administración como un derecho humano permite resaltar en mayor medida que «... el centro de la acción del gobierno o de la acción administrativa es la persona y sus derechos o libertades» (RODRÍGUEZ-ARANA, 2006).

## V. NOTAS PARA LA REFLEXIÓN

Sin olvidar que los conocimientos tienen fecha de caducidad, sin embargo, lo que debiera resultar imparitable es nuestro compromiso por hacer las cosas

---

(20) La fallida Constitución Europea, en su artículo II-101, recogía el derecho a una buena administración en los mismos términos que el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales.

cada día mejor siendo capaces de pensar críticamente, valorando la oportunidad de seguir aprendiendo durante toda nuestra vida.

Es más, el fenómeno de la globalización debiera involucrarnos a todos, y no sólo a unos pocos, en el compromiso de elaboración de un plan de transparencia. ¿Estaremos dispuestos a hacerlo y no a quedarnos en el simple discurso retórico? Tenemos que conseguir implicar en esta tarea al mayor número de funcionarios, buscando, asimismo, la complicidad participativa de los ciudadanos. Por eso, algunos apostamos por un trabajo en equipo, serio, eficaz y al margen de alardes poco justificados.

Desde luego, no podemos pretender instaurar una cultura ética fuerte en nuestra realidad del sector público si no hay un consenso claro sobre los comportamientos que tratamos de fomentar y los que tratamos de impedir. Si no nos ponemos de acuerdo en qué es lo correcto, resultará extremadamente difícil que lo pongamos en práctica.

Porque en palabras de Antonio ARGANDOÑA «*ser ético no es equivocarse nunca, sino poner los medios para hacerlo y, cuando llega el error, rectificar, pedir perdón —ahí es nada— y volver a empezar, con nuevos bríos para recuperar el terreno perdido*» (ARGANDOÑA, 2000).

Aristóteles en *Ética a Nicómaco* señalaba que: «*cualquiera puede enfadarse, eso es algo muy sencillo. Pero enfadarse con la persona adecuada, en el momento oportuno, con el propósito justo y del modo correcto, ciertamente, no resulta tan sencillo*».

Es así, que parece fundamental que solicitemos con ahínco sistemas de control que eviten que la discrecionalidad de nuestras organizaciones se transforme en arbitrariedad. Y esto pasa por un diseño de la ética en la administración que regule la discrecionalidad en la toma de decisiones. Y para ello se requiere de la elaboración de códigos éticos particulares dotados de un mecanismo de control externo que pueda asegurar su eficacia, así como del adecuado reforzamiento de los demás elementos que integran la infraestructura ética de la Administración.

Porque nos jugamos mucho, creemos que no es cuestión de perder más tiempo. En el bien entendido que no debiera ser una apuesta muy arriesgada intentar con firmeza cambiar las cosas desde una posición ética, de compromiso con lo público en el ánimo de poder evitar un deterioro del sistema jurídico-público que debiera preocuparnos muy seriamente tanto en cuanto que ciudadanos como en cuanto que funcionarios.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARGANDOÑA, Antonio: «La Ética como criterio de gestión», I Congreso Galego da Calidade, Santiago de Compostela, mayo 2000.
- BERTOK, Janos: «Redefiniendo la Ética Pública», OECD Observer, abril 2000.
- BERTOK, Janos: «Construcción de una infraestructura ética: Las experiencias recientes de los países de la OCDE», Centro de Investigación y Docencia Económicas de México, 2001, págs. 335-373.
- BINDER ROSAS, Jaime: «La infraestructura ética en Chile: problemas y desafíos», VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, 8-11 octubre 2002.
- CAMPS, Victoria: «Intervención» en *Jornadas de Ética Pública*, MAP, Madrid, 1997, págs. 55-59.
- DIEGO BAUTISTA, Óscar: «Los códigos éticos en el marco de las Administraciones Públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno», en *Revista de las Cortes Generales*, nº 65 – 2007, págs. 123-154.
- «La ética en el marco de las administraciones públicas. Medidas para fomentar la ética en los servidores públicos», en *Panel de ética pública. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, Portugal, 8-11 octubre 2002, págs. 1-16
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: «Los códigos de buen gobierno de las Administraciones Públicas», en *Administración & Ciudadanía*, Vol. 2, nº 2, 2007, págs. 25-44.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo: «La Ética pública: Perspectivas actuales», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 114, octubre-diciembre 2001, págs. 131-168.
- GILMAN, Stuart y LEWIS, Carol: «Public Service Ethics: A global dialogue», en *Public Administration Review*. Oct./nov. 1996.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La Ética en la Administración Pública*, editorial Civitas, Madrid, 1996.
- «INFORME NOLAN. Normas de conducta para la vida pública», en *Documentos INAP*, nº 9, octubre 1996.
- LE PORS, Anicet: «Les Fonctionnaires, citoyens de plein droit», *Le Monde*, febrero 2008.
- LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.: «La buena administración en la Administración General del Estado», en *Actualidad Administrativa*, nº 4, febrero 2007.

- MARTÍN FIORINO, Víctor R.: «El fortalecimiento ético de las instituciones del ámbito público en América Latina», VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 octubre 2003.
- MÉNDEZ PICAZO, M<sup>ra</sup>. Teresa: «Ética y responsabilidad social corporativa», en *ICE. Ética y Economía*, nº 823, junio 2005, págs. 141-150.
- NIETO, Alejandro: *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.  
— *La organización del desgobierno*. Ariel, Barcelona, 1984.  
— *La «nueva» organización del desgobierno*. Ariel, Barcelona, 1996.
- OCDE. *La ética en el servicio público*. MAP, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime: *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Thomson-Aranzadi, 2006.  
— *Ética en la Administración Pública*, editorial Dykinson, 1996.
- SAINZ MORENO, Fernando: «Principios éticos y ejercicio de la función pública», en *La Universidad y las profesiones jurídicas. Deontología, función social y responsabilidad*. Universidad Complutense de Madrid. 1998.
- SAVATER, Fernando: «Ética para Amador», editorial Ariel, 2007.
- SICILIA OÑA, Beatriz: *Derechos fundamentales y Constitución Europea*, Colección Derechos Humanos P. Francisco de Vitoria nº 10, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2006.
- TAIT, John C.: *A Strong Foundation. Report of the Task Force on Public Service Values and Ethics*, Canadian Centre for Management Development, Canadá, 1996.
- TEREMES Y ANGLÉS, Ferrán: *El Código de Ética: normas básicas para su diseño en la Administración Pública*, ediciones Gestión 2000, S.A. 2005.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz: *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP. Madrid, 2004.
- TREVIÑO, L.K.: «Business Ethics and the Social Sciences», en *A Companion of the Business Ethics*, 2<sup>a</sup> Ed. Blackwell, Oxford, 2002, págs. 218-230.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel: *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, editorial Tecnos S.A., Madrid, 2000.  
— «Políticas y prácticas para gestionar los conflictos de interés en Europa: una visión comparada», curso «Ética y gobernanza», Instituto Aragonés de Administración Pública, 2007.  
— «Sobre el concepto de ética pública y su gestión en la Administración española», en *Administración & Ciudadanía*, Vol. 2, nº 2, 2007, págs. 171-191.

# **DEBATES**

# EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL URBANISMO EN ESPAÑA

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

*RESUMEN:* En este artículo se analizan las bases constitucionales de la regulación del urbanismo en España desde la función promocional de los poderes públicos. Se analiza la función estatutaria del derecho de propiedad inmobiliaria a partir de la funcionalidad del plan urbanístico. Se estudia la conexión del urbanismo con la ordenación del territorio, el medio ambiente y la actividad administrativa de garantizar una vivienda digna y adecuada para los españoles como principio rector de la política social.

*Palabras clave:* Derecho urbanístico; ordenación del territorio; medio ambiente; vivienda.

*ABSTRACT:* In this article the constitutional base of the urban development regulation in Spain from the promotional function of the public authorities is analyzed. The function of the statutory real estate property rights stemming from the functionality of the urban development plan is analyzed. The connection between urban development and territorial organization, the environment, as well as the administrative activity to guarantee adequate and proper housing for the Spanish people as a guiding principle for social policy is also studied.

*Key words:* urban development rights; organization of territory; environment; housing.

La explicación de los conceptos, categorías e instituciones del Derecho Administrativo, como sector relevante del Derecho Público que es, debe partir del marco constitucional ya que en la Norma Fundamental encontramos los criterios y principios que nos permiten entender el sentido y alcance de nuestro objeto de estudio. Es más, el alma del Derecho Administrativo, si así se nos permite expresarnos, está muy vinculada a la efectividad de los valores y principios constitucionales que han permitido realizar una exhaustiva tarea de limitación y control acerca del ejercicio de un poder público tantas veces tendente a la irracionalidad.

En el campo del urbanismo, ciencia de la ordenación razonable del uso del suelo en orden a la mejora de las condiciones de vida de los ciudada-

nos, son varios los preceptos a considerar. Su análisis nos permite, en mi opinión, encontrar la sabia, el centro de esta espinosa cuestión en la que la dimensión ética y la jurídica, complementarias esencialmente, ayudan a comprender la finalidad y sentido del urbanismo en particular y de la ordenación del territorio en general.

Antes de entrar en materia quisiera llamar la atención sobre la relevancia que tiene para el urbanismo el término racionalidad. En efecto, la racionalidad es un concepto jurídico indeterminado que ayuda sobremedida, en el urbanismo especialmente, a calibrar y medir, de acuerdo a cánones de objetividad, el ejercicio de los poderes discrecionales, poderes que sobrevuelan y se posan sobre el proceloso mundo del urbanismo dando lugar en ocasiones a supuestos de arbitrariedad precisamente por huir de la racionalidad inherente a cualquier sector de las Ciencias sociales en el marco de un sistema basado en el Estado de Derecho.

Del preámbulo de la Carta Magna destacaría la referencia al «orden económico y social justo» y «el progreso de (...) la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida». He aquí, pues, dos marcos, dos contextos en los que el urbanismo debe discurrir: consideración social por un lado y, por otro, calidad de vida de las personas. Parámetros que ya nos auguran cuáles van a ser los derroteros por los que habrá de discurrir el urbanismo constitucional.

Por tanto, el aspecto social en el ejercicio de los derechos fundamentales en general, y en el de propiedad en particular, deriva del preámbulo de la Constitución, así como de la realización de una economía que asegure a todos una digna calidad de vida. El artículo 33.1 de la Carta Magna es un buen ejemplo de ello. Como quiera que el proceso urbanizador está asociado a elementos económicos obvios, su funcionamiento también debe estar presidido por esta directriz constitucional de tanta relevancia como es la digna calidad de vida de los ciudadanos. De lo contrario, en uno u otro sentido terminaría prevaleciendo esa especie tan peligrosa del pensamiento único que hoy está resquebrajando todo lo que se encuentra a su paso y que en la materia que nos corresponde tratar hace referencia, no sólo a la financiación irregular de los partidos políticos, sino a la prevalencia de la eficiencia económica sobre un derecho de tanta relevancia social como es el de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada.

Derivación necesaria de estos dos parámetros constitucionales es el artículo 1 de nuestra Carta Magna en el que se expresan dos de los valores superiores del ordenamiento jurídico como son la libertad y la igualdad. También, desde la perspectiva de la función constitucional de los poderes públicos, no podemos olvidar que éstos, artículo 9.2, tienen la obligación de pro-

mover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan su plenitud, así como facilitar la participación. En el mismo sentido, el artículo 10.1 CE señala solemnemente que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social. Los poderes públicos, también en materia urbanística, han de promover las condiciones para que el uso del suelo sea un marco adecuado para el desarrollo solidario de los derechos de los ciudadanos.

Me parece que puede ayudar a poner en suerte el tema, el reconocimiento —artículo 38 CE— de la libertad de empresa en un sistema de mercado, en el que los poderes públicos garantizan su ejercicio y la productividad en un marco de economía general y, en su caso, de planificación. En este precepto constitucional, como en el preámbulo de la Constitución española de 1978, se conjuga lo individual y lo colectivo, la libertad y la solidaridad, pienso que como realidades complementarias.

En el mismo sentido, el artículo 33 de la Constitución, tras reconocer el derecho de propiedad, señala, a continuación, que la función social de este derecho delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. El ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria está limitado, pues, por la solidaridad, por su función social, que, de acuerdo con la ley, viene concretada a través del plan urbanístico. Es decir, en pura interpretación constitucional, el plan delimitará el contenido de un derecho, el de propiedad, que la Constitución, cómo no podía ser de otra manera, se limita a reconocer. Sin embargo, que el plan delimite el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria no quiere decir que el plan sea la fuente del derecho urbanístico o que del plan se derive nada menos que el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria.

La hipoteca o límite social que grava el derecho de propiedad inmobiliaria aparece, igualmente, en el artículo dedicado a proclamar la existencia del derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 de la Constitución), indicando que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo dicho derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Además, se afirma que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los Entes públicos, algo hasta ahora prácticamente inédito a pesar de los años transcurridos desde la aprobación de la Constitución. De nuevo, pues, el uso del suelo en conexión con el interés general y un principio de orden económico justo: la participación de la ciudadanía en el aumento de valor que trae consigo la urbanización. Participación que, por sorprendente que parezca, ha sido activada en muy pocas ocasiones.



El urbanismo, bien lo sabemos, se incardina en la economía al regular el mercado de suelo y de la vivienda. Por eso, también deben tenerse presente los preceptos constitucionales relativos a la economía, en los que encontramos ese dinámico equilibrio libertad económica – solidaridad social. Así, por ejemplo, debe traerse a colación el artículo 128 CE cuando dispone, en su párrafo primero, que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general. El artículo 130.1 CE encomienda, por su parte, a los Poderes públicos, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (...) a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles. Y, finalmente, el artículo 131 CE, prevé la planificación, por ley, de la actividad económica general para, entre otras finalidades, estimular el crecimiento de la renta y su más justa distribución.

El marco constitucional nos invita a trabajar bajo el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, metodología bien apropiada para la investigación en las Ciencias Sociales. Por supuesto que se reconoce la dimensión individual de la persona pero, a la vez, el factor social lo modula quién representa a la comunidad. Derecho de propiedad, por supuesto y, también, y en el mismo plano, función social. El contexto constitucional me parece que es especialmente idóneo para intentar, si es posible, estudiar las relaciones entre Ética y Urbanismo, aspectos de la realidad que nos desafían e invitan a construir una ciencia urbanística desde la centralidad de la persona y sus derechos fundamentales bajo lo que he denominado libertad solidaria.

El urbanismo es por esencia acción pública, y el centro de ella es la persona, los ciudadanos. La persona, el ser humano, no puede ser entendido como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones políticas. Definir a la persona como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la vida social. Por eso, en las políticas públicas del suelo los ciudadanos han de jugar un papel fundamental a través de las diferentes audiencias previstas en las normas de manera que en la definición del modelo de ordenación del suelo de la ciudad los vecinos puedan tener una aportación relevante.

Afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción pública significa, pues, en primer lugar, perfeccionar, mejorar, los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de Derecho como marco de libertades. Pero en segundo lugar, y de modo más importante aún, significa crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar libremente su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la

que está integrado. Creadas esas condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano. En el caso, sin embargo, del urbanismo, el marco jurídico determina el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria. Pero, en modo alguno lo crea, sino que lo reconoce porque es un derecho innato a la persona que el Ordenamiento no tiene más remedio que certificar, eso sí, con algunas modulaciones derivadas de la función social que le es inherente. Por eso, afirmar que el derecho de propiedad inmobiliario surge del plan es inaceptable en su sistema de libertades porque el derecho de propiedad es de la persona, no de las estructuras públicas.

La racionalidad en la ordenación del suelo, que por definición es escaso, exige que los poderes públicos velen precisamente por la función social del derecho de propiedad y por la efectividad de otro derecho relevante como es el derecho a una vivienda, digna y adecuada para todos. Es decir, la función de la solidaridad, innata al ejercicio de las libertades y de los derechos en un Estado social y democrático de Derecho, debe confiarse a quienes laboran en lo común, en lo de todos, que habrán de actuar, con pleno respeto al núcleo esencial del derecho, y conscientes de su trabajo al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Como la política debe ser una actividad ética, la política urbanística, en cuanto se propone que el hombre, la persona, erija su propio desarrollo personal en la finalidad de su existencia, libremente, porque la libertad es la atmósfera de la vida moral, ha de buscar las soluciones para que el la ordenación del suelo sea racional y al servicio objetivo de todos los ciudadanos. En este sentido, es fundamental que el ciudadano se comprometa en el desarrollo de la sociedad, que libremente asuma su solidaridad con sus conciudadanos, sus vecinos, lo cual tiene su sentido desde la consideración social del derecho de propiedad.

El solar sobre el que es posible construir la sociedad democrática es el de la realidad del hombre, una realidad no acabada, ni plenamente conocida, por cuanto es personalmente biográfica, y socialmente histórica, pero incoada y atisbada como una realidad entrelazada de libertad y solidaridad, y destinada por tanto, desde esa plataforma sustantiva, a protagonizar su existencia. Libertad y solidaridad que se encuentran, en el tema que nos ocupa, justo en la afirmación del derecho de propiedad inmobiliaria de acuerdo con el interés general, que no es el interés de los políticos, sino el interés en que todos tengan derecho a una vivienda digna y adecuada.

La política no puede reducirse a la simple articulación de procedimientos, con ser éste uno de sus aspectos más fundamentales; la política debe partir de la afirmación radical de la preeminencia de la persona, y de sus

derechos, a la que los poderes públicos, despejada toda tentación de despotismo o de autoritarismo, deben subordinarse. Por eso, hay que tener mucho cuidado para evitar que, en la delimitación del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, no penetren versiones más o menos autoritarias que conviertan dicho derecho en una quimera, en pura ilusión. Fenómeno que suele ocurrir desde aproximaciones autoritarias al plan urbanístico, o desde perspectivas desde las que se aprovechan las determinaciones del plan, simple y llanamente, para obtener beneficios no precisamente de acuerdo con los intereses públicos.

La validez de las soluciones que se encuentren para elaborar políticas urbanísticas racionales e integradoras vendrán de la mano de la experiencia y del conocimiento del funcionamiento de iniciativas semejantes en otras partes del mundo. No basta comprobar que las soluciones aplicadas están en consonancia teórica con los grandes principios que defendemos. Es necesaria la prueba última del contraste empírica, la comprobación de que lo resuelto, lo ejecutado, produce los efectos deseados, o al menos efectos aceptables en la mejora de la situación que se deseaba resolver. En este sentido, pues, hemos de aprender de las soluciones que dan otros países, otros Ordenamientos, para hacer compatible y complementario desde perspectivas de equilibrio el derecho de propiedad y el interés general.

Podríamos decir que la apertura a la realidad, la aproximación abierta y franca a las condiciones objetivas de cada situación, y la apertura a la experiencia, son componentes esenciales, actitudes básicas del talante ético desde el que deben construirse las nuevas políticas. En ellas se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción política. Y, en materia urbanística, ahí está todo un elenco de problemas enraizados en consideraciones éticas y políticas que, en ocasiones, ponen en peligro nada menos que el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 33 y 47 de la Constitución, tales como la recalificación de suelos o suspensión y modificación de planes, por ejemplo.

Pensar la complejidad de la realidad y acercarse a ella desde el supuesto de la propia limitación, al tiempo que acaba con todo dogmatismo, rompe también cualquier tipo de prepotencia, en el análisis o en el dictamen de soluciones, a la que el político pueda verse tentado. El urbanista ha de tener claro que no es infalible, que sus opiniones, sus valoraciones están siempre mediadas por la información de que parte, que es siempre limitada, necesariamente incompleta. Y, en nuestra materia, no se debe olvidar que el plan, el plan urbanístico, por sí mismo, no tiene efectos taumatúrgicos, sino que debe

confeccionarse a partir de la participación y de las aportaciones que, procediendo de la vitalidad de la realidad, enriquecen la propia norma administrativa y respeten el núcleo esencial del derecho de propiedad.

Las políticas radicalizadas, extremas, sólo se pueden ejercer desde convicciones que se alejan del ejercicio crítico de la racionalidad, es decir desde el dogmatismo que fácilmente deviene fanatismo, del tipo que sea. Pero toda acción pública es relativa. El único absoluto asumible es el hombre, cada hombre, cada mujer, y su dignidad. Ahora bien, en qué cosas concretas se traduzcan aquí y ahora tal condición, las exigencias que se deriven de ellas, las concreciones que deban establecerse, dependen en gran medida de ese «aquí y ahora», que es por su naturaleza misma, variable. Ahora bien, el equilibrio derecho de propiedad e interés general debe conjugarse, no sin cierto temple, al servicio de una vivienda digna y adecuada para todos los españoles y teniendo bien presente que deben evitarse tanto las concepciones fundamentalistas del interés general, como las aproximaciones liberales extremas que expulsan de las reglas del juego al propio interés público. Pensar, como ocurre y ha ocurrido en el pasado, que el problema del urbanismo se soluciona únicamente con más dinero y más funcionarios es una simpleza porque, fundamentalmente, el problema del urbanismo se circunscribe, según las versiones más intervencionistas, en función del grado e intensidad de la presencia pública, bien en normas jurídicas, bien en funcionarios.

La función social de la propiedad, por tanto, pesa lo suyo sobre la concepción de la propiedad inmobiliaria y justifica que, como dice el artículo 47 CE, la comunidad participe en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

No obstante, afirmar el protagonismo de la persona no quiere decir darle a cada individuo un papel absoluto, ni supone propugnar un desplazamiento del protagonismo ineludible y propio de los gestores democráticos de la cosa pública. Afirmar el protagonismo del individuo, de la persona, es poner el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos, y en la solidaridad. Por eso, los derechos ciudadanos, y el derecho de propiedad es uno de los más importantes, no son absolutos, porque existen valores superiores que ordinariamente aparecen representados por el denominado interés público que, en el caso que nos ocupa, como dispone solemnemente la Constitución de 1978 en su artículo 33.2, se centra en la «función social (...) que delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Por ello, me parece atinado comentar esta condición limitada, tanto de los derechos fundamentales, como del interés general en su perspectiva constitucional.

Las prestaciones de contenido público, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilo-

sadas, sin proyecto vital, que pueden llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad, que va más allá de subvenir a una necesidad inmediata. Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con la ordenación racional del uso del suelo. En esta política pública tan relevante, me parece que lo decisivo es que la intervención pública fomente y promueve un derecho a la vivienda digno y adecuado. Es decir, el Estado debe propiciar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa. Pero para ello, es necesario superar esa tendencia al intervencionismo que provoca la mengua de suelo para la gente a la vez que abre las puertas, en ocasiones, a una especulación que se convierte en moneda de cambio para los intereses de unos y otros.

Un planteamiento abierto y complementario permite afirmar la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos, como muchas veces sucede con las políticas asistenciales del Estado. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

En el caso de urbanismo, las instituciones públicas y los instrumentos con que cuentan deben estar siempre al servicio objetivo del interés general de forma y manera que las plusvalías que genera el proceso urbanizador repercutan en la comunidad y, además, que se consolide y mejore, en la medida de lo posible, el derecho a una vivienda digna y adecuada como reclama nuestra constitución.

La corrupción es, sencillamente, la desnaturalización del poder. Utilizar el poder para otros fines distintos del servicio al bienestar integral de los ciudadanos para ganar dinero, para dominar a las personas, para excluir, etc. Y, en el mundo del urbanismo, que es un espacio de amplia discrecionalidad, no pocas veces los poderes y potestades se utilizan o para el interés particular o para el interés del partido. El tiempo presente es buen ejemplo de lo que puede acontecer cuándo se baja la guardia en esta materia.

No quisiera, ni mucho menos, concitar el desánimo y el pesimismo en estas líneas. Pero hemos de reconocer que en un mundo movido por el dinero, el poder y la notoriedad, no es fácil ni sencillo llamar a las cosas por su nombre, máxime cuando la dictadura de la apariencia y el dominio de lo políticamente correcto campan a sus anchas sin que, salvo algunas honrosas y hono-

rables excepciones, se denuncie esa distancia, a veces tan larga, entre lo que las cosas son y lo que las cosas deben ser. A esto hemos de añadir la necesaria reforma de la ley de financiación de los partidos políticos, tantas veces involucrados, de una u otra manera, en asuntos de corrupción urbanística.

Como marco general para entender el sentido del urbanismo, hemos de convenir, si es posible, que estamos ante una ciencia que estudia la ordenación racional del suelo, que está al servicio, como es lógico, de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos que, en el caso que nos ocupa, tiene que ver con una vivienda digna y adecuada y con entornos de calidad que favorezcan el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Es decir, hay que construir el urbanismo en función de las personas, de sus necesidades colectivas y no en función de las técnicas o de los gustos o caprichos de los especialistas. Menos en función de determinados «pelotazos» o de interés parciales o partidarios. En otras palabras, en los expedientes administrativos relacionados con el urbanismo es menester vislumbrar y calibrar el alcance de las decisiones, insisto, para la calidad de vida de las personas.

En otro orden de cuestiones, no se puede perder de vista, como ya se ha señalado con anterioridad, que el urbanismo debe considerarse desde una perspectiva amplia y, por ello, en íntima conexión con otros enfoques como la ecología o la ordenación del territorio. En esencia, el suelo, el medio ambiente y, al final, el territorio en el que se inscriben, deben ser funciones humanizadoras de la realidad. Ni la preocupación por el medio ambiente debe tildarse de frivolidad o de lujo, ni la consideración integral del territorio debe calificarse de pura erudición intelectual. Todo lo contrario, se trata de elementos vinculados al urbanismo que, pueden o no mejorar las condiciones y la calidad de vida de las personas.

Desde esta aproximación equilibrada, abierta, plural, dinámica y complementaria, también debe señalarse que, el urbanismo ni es la encarnación del ideal ético como tarea pública ni encuentra su plena realización en un mercado sin límites o condiciones. El derecho de propiedad inmobiliario como ha señalado el Tribunal Constitucional español, debe ser reconocible como tal aunque deba ser regulado en su ejercicio por el plan urbanístico. Ni nace del plan ni el plan lo determina radicalmente. El plan es, o debería ser, el instrumento para que el derecho de propiedad cumpla su función social y, por tanto, promueva viviendas dignas y adecuadas para todos.

En este sentido, si la urbanización produjera ganancias desproporcionadas a partir de la especulación o de unas plusvalías que quedasen en unas pocas manos, estaríamos precisamente en un supuesto que atenta a la Ética y, además, al artículo 47 de la Constitución.

Otro problema, no menor, es el del planeamiento urbanístico, en la medida en que se trata de una potestad discrecional de gran calado que ordena el uso del suelo, y, por tanto, incide en el ejercicio del derecho de los propietarios. El Plan General ordinariamente clasifica el suelo y los parcelas asignan usos o califican el destino de los terrenos. Aunque ahora el suelo urbanizable es el residual, el que no es urbano o no urbanizable, no deja de seguir teniendo la Administración un poder amplio para hacer la calificación que sea menester. Y sabemos que en el ejercicio de la discrecionalidad en ocasiones, por causas inconfesables, se incurre tanto en arbitrariedad o desviación de poder. En estos casos, además de que pueda haber una transgresión del orden jurídico, desde luego hay una contravención de naturaleza ética.

En el mismo sentido, también puede haber problemas en los casos de retraso en la completa determinación del uso, en las variaciones y modificaciones de los planes o en la espinosa cuestión de las recalificaciones. En esta materia ha de actuarse sirviendo el interés general, pero también es cierto que en esa apreciación del interés general el fin no lo es todo. El Estado de Derecho, como ha señalado MEILÁN GIL, se juzga por los medios, no por el fin. De ahí que principios como el de proporcionalidad, de «coste y beneficio», o racionalidad sean un límite infranqueable para la potestad del planeamiento.

Para ello, cada vez siendo más importante ponderar y calibrar las diversas circunstancias en juego porque, en ocasiones, la recurrente apelación al «interés general» no cumple la función de «manta que cubre todo» tal y como señala MEILÁN GIL. El interés general, a pesar de que se presume que está ínsito en las decisiones administrativas, debe acreditarse caso por caso. De lo contrario, la corrupción estará sevida. Sobre todo en un campo de juego en el que el tráfico de informaciones privilegiadas permite obtener pingües beneficios. La Ética, pues, nos ayuda a calificar estas actividades y a censurar el manejo privado de lo colectivo para obtener ventajas económicas.

Que esto haya ocurrido, ocurra o siga ocurriendo en modo alguno debe rebajar el tono del reproche ético, porque no es de recibo, ni mucho menos, el vale todo o el todo tiene un precio, tan en boga en determinados ambientes en los que está «bien visto» la permisividad o tolerancia ante los enriquecimientos rápidos y especulativos en los que las plusvalías son más contables que representación real de riqueza, sobre todo cuando estas operaciones cercanan el acceso a la vivienda necesaria, digna y adecuada, para el libre desarrollo de las personas, y de las familias muy especialmente.

Hemos de preguntarnos hasta que punto todas las facultades de la propiedad inmobiliaria han de derivar del planeamiento urbanístico, hasta que punto la función social de la sociedad justifica que la propiedad, desde el punto de vista del urbanismo, debe ser vista como el deber de incorporarse

al proceso urbanizador y al edificatorio en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento. En este contexto legal, contrasta, y no poco, el efecto automático en la no adquisición de facultades para el incumplimiento de los plazos legales establecidos, con la ausencia de consecuencias jurídicas por la inactividad de la propia Administración.

También suele traer problemas, y no pequeños, como ha señalado MEILÁN GIL, el llamado urbanismo concertado, que encuentra en los denominados convenios urbanísticos su instrumento más utilizado. Porque no se puede comprar y vender edificabilidad, es decir, no parece correcto planificar en función de lo que se conviene, sino lo que conviene al interés general.

Igualmente, las transferencias de aprovechamiento urbanístico pueden dar lugar a un «mercado ideal» no justificable desde la perspectiva del Estado de Derecho, como consecuencia, señala MEILÁN GIL, de una presión indebida por la Administración o de una connivencia admitida por ella y por los particulares. Connivencia en la que hasta podrían participar los técnicos, por ejemplo, en las declaraciones de ruina. En este punto se pregunta el profesor MEILÁN GIL por algunas esquinas del centro de las ciudades que, tras ser declaradas ruinosas, aparecen al poco tiempo construidas con mayor volumen.

Los casos de expropiaciones urbanísticos, declaraciones de ruina, uso y manejo de la ejecutividad de los actos administrativos a favor de posiciones políticas en el ámbito local aunque perjudiquen económicamente al particular, son otros tantos botones de nuestra de cómo el ejercicio de los poderes públicos pueden cercenar las más elementales exigencias éticas.

La Política, con mayúsculas, entendida como el arte de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos tiene una evidente vinculación ética en la medida en que si no se contempla esta dimensión, entonces está servida la exclusión, la laminación del adversario, la conservación del poder a cualquier precio y toda clase de tropelías en que suele caerse cuando Ética y Política viven al margen la una de la otra.

Pienso que la Ética, como adecuación del comportamiento a las exigencias de la recta razón, en el ámbito político plantea desafíos muy importantes que, además, en el contexto en el que estamos, tiene evidentes consecuencias.

Muchas veces se escuchan voces que responsabilizan de lo que pasa realmente a los políticos cuando, para bien o para mal, la política es un reflejo de la realidad social.

El urbanismo plural, abierto, dinámico y complementario facilita viviendas dignas y adecuadas para el libre desarrollo de las personas, contribuye a que la comunidad participe en las plusvalías, fomenta un medio ambiente razonable; en definitiva, hace posible lo que he denominado libertad solidaria. Y,



sobre todo, respeto al derecho de la propiedad que, con una inteligente y razonable regulación resplandecería más, también en su vertiente solidaria.

El urbanismo, como ciencia de la ordenación racional del suelo tiene, igualmente, evidentes exigencias éticas que, sobre todo, se refieren a construir un urbanismo pensando en las personas, pensando en ciudades que facilitan la vida de los vecinos. Para ello es menester que nos instalemos en un marco de pensamiento complementario y que evitemos versiones unilaterales que hagan de la estructura lo determinante. Siempre, ya termino, debe estar presente en la decisión, pública o privada, la mejora de las condiciones de vida de los vecinos.

# ALGUNAS INICIATIVAS PARLAMENTARIAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LAS CORTES DE ARAGÓN

PILAR CORTÉS BURETA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LAS PRIMERAS LEGISLATURAS.— III. AVANZANDO EN IGUALDAD.— IV. INICIATIVAS EN MATERIAS CONCRETAS: 1. Violencia. 2. Ámbito laboral. 3. Ciencia, tecnología e investigación. 4. Participación política. V. PRESENCIA DE LAS MUJERES EN EL GOBIERNO Y EN LAS CORTES DE ARAGÓN.— VI. OTRAS INICIATIVAS.— VII. REFLEXIÓN FINAL.*

*RESUMEN:* La Constitución de 1978 supuso un importante paso en el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres. Junto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, los poderes públicos tienen también la obligación de remover los obstáculos que dificulten esa efectiva igualdad, adoptando las medidas necesarias. En las Cortes de Aragón, se han presentado un buen número de iniciativas para avanzar en esa igualdad: iniciativas relativas a la violencia de género, en el ámbito laboral, en ciencia, tecnología e investigación y otras destinadas a incrementar la participación política de la mujer. Aragón es un ejemplo para comprobar ese nivel de participación de la mujer en las instituciones.

*Palabras clave:* Constitución; igualdad; iniciativa; Cortes de Aragón.

*ABSTRACT:* The Spanish Constitution from 1978 implied an important step to recognize the equality between men and women. Together with the prohibition of gender discrimination, the Public Power has the must of removing the obstacles which interfere in that equality, adopting the suitable steps. In Aragon Parliament they have been presented a great number of initiatives to advance in that equality. Initiatives relative to gender violence in the labour field, in science, technology, investigation and others destined to increase the politics participation of women. Aragon is a sample to confirm the level of women's participation in public institutions.

*Key words:* Constitution; equality; initiative; Aragon Parliament.

## I. INTRODUCCIÓN

Nada descubrimos si comenzamos afirmando que durante el siglo XIX y buena parte del XX, tanto en España como en cualquier otro país de nuestro entorno, el reconocimiento de los derechos civiles y políticos en el derecho positivo, estuvo limitado a los hombres, con escasas, por no decir escasísimas, referencias a la mujer (1). Y es que, durante siglos, las mujeres se vieron obligadas a ocupar una posición inferior en unas sociedades dominadas por el hombre (2).

En España, el movimiento feminista obtiene un importante impulso durante la II República. La Constitución de 1931 incorpora varios artículos con referencias claras a la igualdad entre hombres y mujeres. En ese sentido, el art. 25 señalaba que no podía «ser fundamento de privilegio jurídico, la naturaleza, la filiación y el sexo», y el art. 36 decía que «los ciudadanos de uno y otro sexo mayores de 23 años tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes». Estas previsiones constitucionales originaron algunas reformas legales, las cuales no estuvieron mucho tiempo en vigor debido al estallido de la Guerra Civil y a la llegada de la dictadura, momento en el que se produjo un retroceso en todos los derechos y, entre ellos, en el principio de igualdad (3). A la mujer se le niegan directamente una serie de derechos, de manera que se la ignora como sujeto de relaciones jurídicas. Durante toda la dictadura se mantuvo una posición subordinada de la mujer, y esa mentalidad se reflejaba en la aplicación del Derecho tanto por los particulares como por la Administración del Estado, como por los Tribunales de Justicia (4).

La Constitución de 1978 supuso un cambio radical a favor de la igualdad de los dos sexos.

El texto constitucional contiene preceptos que deben inspirar y orientar la actividad de los poderes públicos, en los arts. 1.1 y 9.1, y una cláusula general de igualdad en el art. 14, si bien esa generalidad viene concretada

---

(1) BALAGUER, M.L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, 2005, p. 82.

(2) Un interesante recorrido histórico a través de autores y movimientos que han reivindicado la igualdad podemos encontrarlo en PÉREZ LUÑO, A. E., «Dimensiones sobre la igualdad material», *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, Madrid, 1985, pp. 235-285.

(3) Entre ellas, la entrada de los derechos de voto, la desaparición de la patria potestad, la eliminación de las limitaciones de derecho civil en materia de testamentaría, nacionalidad, administración de bienes, igualdad laboral, la compatibilidad del trabajo con el matrimonio, divorcio y aborto. BALAGUER, M.L., *Mujer y ...*, op. cit., p. 82.

(4) LÓPEZ GUERRA, L., «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978», en *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 19.

en algunas disposiciones que establecen un tratamiento igualitario en supuestos concretos (5).

Sin duda, el art. 14 es la disposición constitucional más importante en lo referente a la igualdad de sexos, pero su interpretación por parte de la jurisprudencia y por parte de la doctrina se ha visto influida por los criterios interpretativos que se desprenden de los arts. 1.1 y 9.2 CE, de manera que difícilmente podríamos separar el estudio de tales preceptos (6).

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido unánimes a la hora de concretar si la igualdad es o no un derecho, sin embargo hoy es común la referencia al «derecho a la igualdad», y del art. 14 CE se han ido derivando una serie de principios generalmente aceptados como la igualdad ante la ley, que comprende tanto la igualdad en la ley como en su aplicación. Esa igualdad de trato no supone un trato idéntico a todos los supuestos, no prohíbe diferencias de trato ante situaciones distintas, lo que exige es que las diferencias de trato se deben derivar de situaciones diferentes, justificadas y razonables (7).

Pero el art. 14 CE a continuación, también dice que no puede haber ninguna discriminación «por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Incorpora el concepto de «discriminación» y además cita una serie de categorías concretas respecto de las cuales prohíbe expresamente esa discriminación, entre ellas el sexo, pero el sexo en general, es decir, cualquier discriminación derivada de la pertenencia a un sexo o a otro, no concretamente al sexo femenino (8). Por otro lado, en ese art. 14 CE no se prohíbe toda diferenciación por razón de sexo sino que se prohíbe la discriminación por sexo, lo que supone que habrá determinados supuestos en los que se admitirá esa diferencia.

Algún sector de la doctrina ha reconocido dos principios en ese art. 14 CE: el principio general de igualdad formal (la primera parte del art. 14) y un principio de no discriminación (segunda parte del art. 14). Pero estas dos catego-

---

(5) LÓPEZ GUERRA, Luis, *Igualdad, discriminación...*, op. cit., p. 23.

(6) El Tribunal Constitucional viene utilizando al mandato del art. 9.2 CE como instrumento de interpretación e integración de la igualdad jurídica para justificar un tratamiento distinto que pretenda la promoción de la igualdad real y efectiva a la que se refiere, y para justificar «acciones positivas» que pretendan la igualdad de grupos material y jurídicamente diferentes como las mujeres. MONTILLA MARTOS, J. A., «El mandato constitucional de promoción de la igualdad», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 462.

(7) Por eso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la hora de determinar si una desigualdad de trato vulnera o no el art. 14 CE, utiliza el criterio de la razonabilidad, es decir, si la diferencia obedece a fines lícitos y relevantes y si esa diferencia es proporcional al fin perseguido. Sobre el juicio de igualdad, criterios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, congruencia o idoneidad, ver el completo trabajo de GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.

rías no han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional, que considera que el art. 14 CE, en su conjunto, contiene el principio de no discriminación (9).

En el Derecho internacional también encontramos textos que, a partir de la II Guerra Mundial, recogen la prohibición de discriminar por razón de sexo, de una manera más contundente que respecto a otros tipos de discriminaciones. Es el caso de los textos ratificados por España como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (10), el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966 (11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (12) o el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (13), todos ellos vinculantes. Junto a ellos, otros textos internacionales, aunque no vinculantes, pero que también orientan la acción política española por haberlos firmado, como la Declaración de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995 en Pekín (14).

---

(8) No obstante, es fácil adivinar que en el momento de elaboración de la Constitución, era el colectivo femenino el que había sufrido principalmente una discriminación. De ahí que el ejemplo típico de discriminación sea la que se ejerce contra la mujer. LÓPEZ GUERRA, L., *ob. cit.*, p. 25.

(9) RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>o</sup>. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 156-173.

(10) Art. 2.1: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

(11) Art. 2.2: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

(12) Art. 2.1: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen racial o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Art. 26: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

(13) Art. 1: «La discriminación es toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de cualquier derecho o libertad fundamental, entre otras, en la esfera política».

(14) Sobre esa Declaración, ver FREIXES SANJUAN, T., «La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea», *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, pp. 68-70 y Elósegui Itxaso, M., *El derecho a la igualdad y a la diferencia. El republicanismo intercultural desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de la Mujer, 1998, pp. 431-477.

En el ámbito europeo, el Tratado de la Comunidad Europea (en su redacción dada por el Tratado de Amsterdam) (15) no contiene un mandato constitucional que vincule al legislador comunitario sino que es una exhortación a las instituciones comunitarias para que emprendan medidas antidiscriminatorias, con lo cual, sin ese precepto tampoco habría problema para que el Consejo adoptara una norma al respecto, como de hecho ya había ocurrido antes en lo referente a la igualdad entre hombres y mujeres. Pero, a partir de ahí, se han creado una serie de normas de Derecho originario y derivado, cuyo objetivo ha sido luchar contra la discriminación de la mujer.

En cualquier caso, en palabras de Rubio Llorente, «La exigencia del trato igualitario en lo social y en lo político no es sino la derivación de un mandato ético, de una idea de justicia material que forma parte del sistema de valores de una determinada cultura» (16).

Pero volviendo al caso español, y como ya adelantábamos, el principio de no discriminación por razón de sexo viene reconocido en el art. 14 CE, pero también en el art. 35 y en el 32.1 CE.

Y, en ese sentido, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, también han avanzado para el logro de la igualdad entre mujeres y hombres. Ese es el caso de Aragón, donde, como veremos, ha habido importantes iniciativas para lograr esa igualdad. Este trabajo no pretende ser exhaustivo y recoger todas y cada una de esas iniciativas, pero sí reflejar y dejar constancia de que se trata de una cuestión a la que nuestros representantes políticos han dedicado parte de su esfuerzo.

## II. LAS PRIMERAS LEGISLATURAS

Durante los años que abarcan la I y II legislaturas en las Cortes Aragonesas, apenas hubo iniciativas ni se tomaron medidas expresamente dirigidas a la mujer (17).

---

(15) Art. 13: «Sin perjuicio de las otras disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias que éste confiere a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

(16) RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 648-649.

(17) I Legislatura, de 1983 a 1987, presidida por Santiago Marraco, con el apoyo del PSOE, y II Legislatura, de 1987 a 1991, presidida por Hipólito Gómez de las Rocas, con el apoyo del PAR y PP.

Era comprensible, pues se trataba de los primeros pasos de andadura de la Comunidad Autónoma de Aragón y había mucho por hacer. Por eso en estos primeros años se hicieron las leyes que configuran el marco político de la Comunidad y que desarrollaban y complementaban las del Estatuto de Autonomía.

En ese sentido, precisamente, la Comunidad Autónoma de Aragón asumió las competencias exclusivas en materia de asistencia, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud, promoviendo las condiciones para la participación, libre y eficaz, en al desarrollo político, social y cultural, y eso lo hizo previendo un sistema de subvenciones en materia de bienestar social relativas al ámbito territorial de Aragón, configurando su régimen jurídico en el Decreto 15/1984, de 9 de febrero (BOA nº 5, 24 de febrero de 1984).

En dicho texto, aparecían como uno de los objetos de subvención, los programas que se recogiesen en las convocatorias anuales y, entre otros, los relativos a la mujer. A partir de esa previsión, se fueron financiando distintas asociaciones de mujeres sin ánimo de lucro, inscritas en el Registro de Centros de Acción Social. Se unificaron todas las convocatorias de subvenciones en materia de bienestar social, y entre ellas las relativas a la mujer para las modalidades de: actividades, estudio y formación, mantenimiento, construcción, ampliación, reforma y equipamiento (Orden de 15 de noviembre de 1985, BOA nº 115 de 18 de diciembre de 1985).

A pesar de la escasa legislación, a la que ya hemos hecho referencia, de entre los textos aprobados, encontramos la Ley 4/1987, de 25 de marzo, de ordenación de la Acción Social (BOCA nº 183, de 31 de marzo de 1987). Se trata de una norma que intenta dar respuesta a las necesidades sociales de cualquier persona o colectivo que no pueda ver atendidas sus necesidades más primarias de alojamiento, alimentación, vestido, acogimiento, socialización... ; y, dentro de esos colectivos, lógicamente estaba la mujer.

Esos servicios sociales tienen como objetivo «generar condiciones de convivencia social, particularmente en cuanto permiten el establecimiento de vínculos sociales normalizados, por parte de aquellos colectivos que sufren procesos de exclusión/marginación, fomentando en todo caso la solidaridad social», y los principios que han de inspirar las actuaciones en ese sentido serán, entre otros, el de igualdad y la prevención de las circunstancias que originan la marginación.

Si lo dicho hasta ahora correspondía a la I legislatura, la II, como adelantábamos no iba a ser muy distinta.

El Decreto 185/1987, de 15 de diciembre de la Diputación General de Aragón, por el que se regula el sistema de subvenciones en materia de Acción

Social, derogaba el anterior Decreto 15/1984, que regulaba el sistema de subvenciones en materia de bienestar social.

El nuevo reglamento, al igual que el anterior, configuraba el Régimen jurídico aplicable a las subvenciones en materia de Acción Social y preveía la convocatoria anual de tales subvenciones, mantenía los mismos beneficiarios, si bien a partir de ahora cada convocatoria establecería expresamente los programas y modalidades subvencionables, fijando, en su caso, determinadas prioridades en razón de las necesidades coyunturales.

Cada una de esas convocatorias iba reproduciendo en similares términos las bases para la concesión de las subvenciones y, por poner un ejemplo, en desarrollo del artículo primero del Decreto, la Orden de 16 de octubre de 1989, hace pública la convocatoria de subvenciones destinadas a programas de promoción e integración de la mujer para 1989, y allí establece que pueden ser objeto de subvención los siguientes programas:

«a) Los dirigidos a la promoción e integración de la mujer en el ámbito del mercado de trabajo.

b) Aquellos destinados a potenciar la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida social y, especial los que tiendan a fomentar el asociacionismo y la coordinación del movimiento asociativo existente.

c) Los de inversión para ayuda a domicilio de mujeres solas con cargas familiares» (18).

---

(18) Y, por seguir con el mismo ejemplo, para ese año, para 1989 y para tal fin, se destinó un Presupuesto total de 8 millones de pesetas distribuidas de la siguiente manera:

— Asociación Provincial de Amas de Casa de Huesca, 300.000 pts. Para financiar charlas divulgativas, artesanía popular y ciclos de conferencias sobre diversos temas de interés para la mujer.

— AFAMER de Barbastro, 700.000 pts., para un curso básico y monográfico sobre formación actual en el medio rural y comarcalización e industrialización de productos hortofrutícolas, y un programa de creación de la estructura asociativa idónea para absorber 18 puestos de trabajo, destinados a tareas de comercialización e industrialización de productos hortofrutícolas.

— Asociación Comarcal de Mujeres «La Carra» de Daroca, 100.000 pts., para la celebración de Cursos de Formación para la mujer que iban a celebrarse en distintos municipios de dicha comarca.

— Cáritas Diocesanas «Centro Fogaral de Zaragoza», 700.000 pts., para realizar 6 sesiones con especialistas sobre prevención y educación en temas sanitarios (SIDA, enfermedades infecto contagiosas, aspectos psíquicos, etc.), dentro del Proyecto «Atención a la mujer prostituta, información y prevención en el ámbito sanitario».

— Unión de Agricultores y Ganaderos de Aragón de Zaragoza, 100.000 pts., para realizar una jornada sobre la situación de la mujer en el campo: problemas, dificultades y alternativas.

— Asociación de Amas de Casa Santa María la Mayor de Calamocha, 100.000 pts., para varias ponencias-coloquio sobre diferentes alternativas para la mujer actual en el medio rural.

— Asociación de Amas de casa, consumidores y usuarios Santa María de Teruel, 200.000



A medida que la Comunidad se va consolidando, se van a ir abordando cuestiones que necesitaban tratamiento y que todavía estaban pendientes. Una de esas materias era, precisamente, la mujer.

Prueba de ello es que en la III legislatura (19), y tempranamente, se crea el Instituto Aragonés de la Mujer, a partir de una Proposición de Ley presentada por el G.P. Socialista (BOCA nº 15, 23 de enero de 1992).

La justificación de la propuesta provenía de la misma Constitución española de 1978, cuando en su artículo 14 establece que los españoles son iguales ante la ley y que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de sexo; y en su artículo 9.2, donde se establece la necesidad de que los poderes públicos promuevan las condiciones necesarias para hacer efectiva esa igualdad. Y provenía también del propio Estatuto de Autonomía de Aragón, que en su artículo 6, en similares términos, recoge la obligación de los poderes públicos aragoneses de promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integre sean reales y efectivas.

Consideraban prioritaria la eliminación efectiva de todas las formas de discriminación de la mujer y la adopción de las medidas necesarias para fomentar su participación en todos los ámbitos de nuestra comunidad. Para ello, iba a ser necesaria una acción coordinada en todo el ámbito de la Comunidad Autónoma, y el encargado de impulsar esa acción sería el Instituto cuya creación se pretendía.

La propuesta siguió su correspondiente trámite parlamentario, se presentó una enmienda a la totalidad, que fue rechazada (BOCA nº 46, 21 de octubre de 1992 y nº 48, 9 de noviembre de 1992), y 30 enmiendas parciales (BOCA nº 47, 26 de octubre de 1992). Con todo ello, la Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales emitió su Dictamen (BOCA nº 61, 12 de febrero de

---

pts., para mantenimiento y actividades relativas a cursos para promocionar a la mujer en el ámbito del mercado de trabajo.

Y a esto hay que añadir otras subvenciones en materia de Acción Social, que fueron las siguientes:

- Asociación de Familias y mujeres del medio rural de Barbastro (AFAMER), 100.000 pts.
- Asociación de Amas de casa de Lécera, 100.000 pts.
- Asociación de mujeres jóvenes de Zaragoza, 200.000 pts.
- UGT mujer de Zaragoza, 100.000 pts.

Como puede observarse, las subvenciones estaban concretamente distribuidas, y el abanico de asociaciones que las recibían, en aquel momento, no era muy grande.

(19) III Legislatura, de 1991 a 1995, tuvo tres presidencias: de julio de 1991 a septiembre de 1993, presidió Emilio Eiroa, con el apoyo de PAR y PP; de septiembre de 1993 a enero de 1995, presidió José Marco, apoyado por el PSOE; y de enero de 1995 a julio de 1995, presidió Ramón Tejedor, apoyado por el PSOE.

1993), y el texto definitivo fue aprobado por el Pleno de las Cortes de Aragón el 18 de febrero de 1993 (BOCA nº 66, 3 de marzo de 1993).

El texto definitivo atribuye al Instituto Aragonés de la Mujer unas finalidades básicas y esenciales que son las de «elaborar y ejecutar las medidas necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad del hombre y de la mujer, impulsar y promover la participación de la mujer en todos los ámbitos y eliminar cualquier forma de discriminación de la mujer en Aragón».

Para la consecución de esos fines, el Instituto actuará siguiendo un Plan que elaborará al inicio de cada legislatura y que desarrollará a lo largo de ella y, anualmente, hará un Informe sobre la situación de la mujer en Aragón y una Memoria sobre la actuación de los poderes públicos en ese campo, que presentará a la Diputación General.

Una vez aprobada ya la Ley de creación del Instituto Aragonés de la Mujer, y con la intención de crear cauces para la participación de todos los sectores sociales, para desarrollar la democracia y avanzar en la construcción de una sociedad progresiva y responsable, el G.P. Convergencia Alternativa de Aragón-Izquierda Unida, creía conveniente que la Comunidad Autónoma contase con el asesoramiento de un órgano como es el Consejo Aragonés de la Mujer.

Para ello, también durante la III legislatura, presentan una Proposición de Ley (Proposición de Ley para la creación de un Consejo Aragonés de la Mujer, BOCA nº 65, 1 de marzo de 1993) en la que se prevé la creación de ese órgano asesor como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y con una estructura y unos fines que permitan asegurar la participación de las distintas asociaciones de mujeres aragonesas para cumplir sus objetivos. No obstante, sus informes, recomendaciones y propuestas no serían vinculantes.

Y a ese Consejo le corresponderían las siguientes funciones: promover medidas y formular sugerencias en las materias de su competencia, informar todos los anteproyectos, decretos y planes relacionados con la política de igualdad de la mujer, participar en los Consejos y órganos consultivos cuando traten temas relacionados con la mujer, estimular la creación de Consejos Locales y Comarcales de la mujer, recoger y canalizar las demandas y propuestas de grupos o colectivos de mujeres, fomentar la comunicación, relación e intercambio entre organizaciones de mujeres y los distintos organismos territoriales que tengan como fin la participación y representación de las mujeres y emitir anualmente un informe sobre la situación de la mujer en la Comunidad Autónoma. El repaso de las funciones terminaba con una fórmula abierta, al atribuirle cualesquiera otras funciones que estuviesen relacionadas con las mujeres.

Pero la Proposición no pasó el primer trámite parlamentario ya que fue rechazada su toma en consideración y, hasta el momento, no ha habido una nueva propuesta en ese mismo sentido (BOCA nº 78, 16 de abril de 1993).

De ahí en adelante, en las siguientes legislaturas, ya se empiezan a tomar medidas más concretas y más abundantes respecto a la mujer (20).

### III. AVANZANDO EN IGUALDAD

En diciembre de 1995 se celebró en China la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer y con motivo de esa celebración, al G.P. Izquierda Unida de Aragón, presentó una Proposición no de Ley en la que se instaba a la Diputación General de Aragón a que apoyase los trabajos que allí se realizaran, que adquiriese el compromiso de desarrollar las políticas de avances que allí se acordasen, participar activamente para que, aun en condiciones difíciles, avance la participación de la mujer y no solo en los países desarrollados (Proposición no de Ley nº 1/95-IV, relativa a la Conferencia Mundial de la Mujer, así como al Foro de organizaciones no gubernamentales, BOCA nº 3, 15 de septiembre de 1995).

Era una Proposición previa a la Conferencia y el G.P. decidió retirarla (BOCA nº 8, 24 de octubre de 1995) y presentar otra con posterioridad a tal celebración, en la que se hacía referencia a la reflexión colectiva y solidaria sobre los avances de las mujeres que allí había tenido lugar, y se instaba a la Diputación General de Aragón a trabajar en los mismos términos en los que se hacía referencia en la proposición retirada.

La importancia del fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se fue reconociendo progresivamente, y el Gobierno de Aragón fue trabajando en una doble dirección, por una parte, fomentando la integración de la igualdad de oportunidades entre los dos sexos en todas las políticas y, por otra, adoptando medidas de acción positiva a favor de las mujeres en aquellos ámbitos en los que estaban desfavorecidas. Sin duda, gracias a ese esfuerzo, los progresos estaban siendo considerables pero, no es menos cierto también que, a finales de esta legislatura, en 1999, todavía seguían existiendo importantes carencias que ponían de manifiesto la persistencia de una situación de desigualdad entre la mujer y el hombre.

---

(20) IV Legislatura, de 1995 a 1999, presidida por Santiago Lanzuela, con el apoyo de PP y PAR; V Legislatura, de 1999 a 2003, presidida por Marcelino Iglesias, apoyado por PSOE y PAR; y VI Legislatura, de 2003 a 2007, presidida nuevamente por Marcelino Iglesias apoyado por PSOE y PAR.

Con ese panorama, el G.P. Popular creyó necesario que el Gobierno de Aragón desarrollara una estructura estable que velase para que el principio de igualdad entre mujeres y hombres se tuviese en cuenta a la hora de diseñar y desarrollar las políticas generales y sectoriales. Para ello, presentó una Proposición no de Ley, que fue aprobada, en la que se instaba al Gobierno de Aragón, a seguir avanzando con los mecanismos necesarios para potenciar la integración de la mujer en todas las políticas, acciones y programas que se desarrollen en cada una de sus consejerías y, además, a que se dirigiese a las demás administraciones e instituciones de la Comunidad Autónoma para que en sus respectivos ámbitos, realizasen las acciones oportunas y tomasen las medidas necesarias para conseguir una mayor integración de la mujer a través de la aplicación de las oportunas políticas de transversalidad (BOCA nº 260, 20 de abril de 1999, BOCA nº 262, 27 de abril de 1999) (21).

La igualdad es pretendida para el conjunto de todas las mujeres, si bien es cierto que hay algunos colectivos que sufren una especial exclusión social. Uno de esos grupos es el de las mujeres que ejercen la prostitución. Con el fin de favorecer su inserción social, el G.P. Popular presentó una Proposición no de Ley, rechazada por la Comisión de Asuntos Sociales, con la que se pretendía que el Gobierno de Aragón reforzase los servicios sociales para que fuesen más ágiles y efectivos en la ayuda a estas mujeres; que, periódicamente, recogiese campañas de información y sensibilización sobre la situación de explotación que sufren y que elaborase un protocolo para la prevención, detección, atención y, en su caso, integración de las mujeres víctimas del tráfico de explotación sexual (BOCA nº 129, 9 de mayo de 2005, BOCA nº 135, 24 de mayo de 2005).

Fruto de esa preocupación de nuestros representantes políticos por este colectivo junto con las mujeres víctimas de malos tratos o las inmigrantes, fue la pregunta formulada a la Consejera de Servicios Sociales y Familia sobre las asociaciones que trabajan para esos colectivos y sobre los programas que se habían puesto en marcha para los años 2004-2005. La respuesta puede servir de ejemplo de las distintas actividades y de los programas de inserción sociolaboral que en nuestra Comunidad se llevaban a cabo. Allí se habla de los talleres formativos y laborales de Cáritas, de los talleres de habilidades sociales del Centro Alba para mujeres que ejercen la prostitución, la Funda-

---

(21) La transversalidad supone que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres debe informar, con carácter general, la actuación de todos los Poderes Públicos. Supone que las Administraciones públicas han de integrarlo, de forma efectiva, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

ción «El Tranvía» que trabaja con mujeres emigrantes, los recursos de inserción laboral para mujeres de las distintas Centrales Sindicales y, por supuesto, del Instituto Aragonés de la Mujer, que apoya a todas estas entidades con acciones específicas, que discrimina de forma positiva a las mujeres con especiales estados de necesidad y que ha firmado Convenios con distintas empresas para la inserción laboral de las mujeres víctimas de la violencia (BOCA nº 129, 9 de mayo de 2005, BOCA nº 138, 7 de junio de 2005).

#### **IV. INICIATIVAS EN MATERIAS CONCRETAS**

##### **1. Violencia**

En la actualidad estamos acostumbrados, lamentablemente, a oír hablar del maltrato a mujeres porque casi a diario nos llegan noticias de este tipo de actos, pero no es un problema nuevo sino que llevamos años arrastrando este lastre que va minando la convivencia tranquila de nuestra sociedad.

En España, ya en 1996, las estadísticas eran alarmantes. Según el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en ese año se registraron 16.378 denuncias de mujeres por malos tratos dentro del matrimonio y 3.720 denuncias de agresiones contra la libertad sexual, y a esto hay que añadir las que quedan en el ámbito de lo privado.

Y en Aragón, un informe realizado por el Instituto Aragonés de la Mujer, desvela que, en ese mismo año, en 1996, hubo un total de 282 denuncias por malos tratos (252 en Zaragoza), alertando de que, según todas las estimaciones esas denuncias no superan el 5% de la violencia (22).

Una de las primeras iniciativas, en ese sentido, fue una Proposición no de Ley sobre la creación de una casa de acogida para mujeres en nuestra Comunidad (BOCA nº 77, 5 de diciembre de 1996), presentada por el G.P. Popular. A través de ella se insta al Gobierno de Aragón a que crease una casa de acogida para mujeres, similar a las ya existentes en la mayor parte de las Comunidades Autónomas y en la que, las mujeres que lo necesiten sean asistidas, de forma transitoria, tanto personal como jurídicamente, hasta que puedan establecer esa normalidad en sus vidas que les ha sido alterada por problemas derivados de separaciones, abandono, embarazos, inmigración, etc., y que ha provocado que se encuentren solas o con sus hijos sin medios económicos, ni un techo donde refugiarse.

---

(22) El número de denuncias ha ido aumentando a la vista de los datos reflejados: 323 en 1994, 308 en 1995, 282 en 1996, 355 en 1997, 460 en 1998, 577 en 1999 y 534 en 2000.

La Comisión de Peticiones y Derechos Humanos aprobó la proposición en el sentido de instar al Gobierno de Aragón a que crease la casa de acogida para mujeres en situación de abandono y la dotase de los medios y recursos públicos necesarios para su mantenimiento y donde esté garantizada la confidencialidad y la discreción que requieren esos servicios. Además, instaba a ampliar la posibilidad de crear ese servicio en todas las provincias aragonesas (BOCA nº 80, 17 de diciembre de 1996).

Finalmente, en este mismo asunto, y tres años más tarde, la Comisión Institucional aprobó la proposición de manera escueta, instando al Gobierno de Aragón a que diese cumplimiento a las recomendaciones de la Unión Europea según las cuales debería existir una casa de acogida para mujeres por cada 100.000 habitantes (BOCA nº 256, 30 de marzo de 1999).

El G.P. Izquierda Unida de Aragón presentó una Proposición no de Ley sobre mujeres maltratadas (BOCA nº 154, 16 de diciembre de 1997), en la que instaba al Gobierno de Aragón a adoptar una serie de medidas:

- elaborar campañas de publicidad para concienciar a la sociedad de la gravedad de los malos tratos a la mujer, e informar a éstas de sus derechos y de las instituciones que pueden prestarles asesoramiento y ayuda;
- reforzar y coordinar la información que se presta a las mujeres desde las distintas Administraciones de la Comunidad Autónoma, intentando mejorar la calidad de la atención realizando actividades formativas del personal que trabaja en esos organismos;
- potenciar la puesta en marcha de casas de acogida públicas en las capitales de las tres provincias, pero siendo prioritarias las de Huesca y Teruel;
- elaborar protocolos de actuaciones conjuntas en el ámbito judicial, sanitario y policial para prevenir, erradicar y tratar la violencia contra las mujeres;
- habilitar oficinas de asistencia en las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para atender las denuncias de las mujeres víctimas de violencia, que estén dotadas de personal femenino cualificado para atender en condiciones de privacidad y apoyo psíquico adecuado esas denuncias de las mujeres víctimas de delitos violentos, de lesiones corporales, de daños graves en la salud física o psíquica y de delitos contra la libertad sexual;
- intentar averiguar, mediante investigaciones, las causas que dan lugar a ejercer la violencia contra las mujeres y para mejorar la información y recogida de datos para conocer mucho mejor la situación real,

- impulsar la creación de asociaciones de mujeres y concederles ayudas para que desarrollen programas para eliminar esa clase de violencia.

Durante el proceso de tramitación se presentaron tres enmiendas por parte del portavoz del G.P. Mixto, en representación de los Diputados de Chunta Aragonesista (BOCA nº 163, 10 de febrero de 1998). Fueron aceptadas y añadieron al texto inicial varias medidas nuevas para que el Gobierno de Aragón las tuviese en cuenta:

- impulsar programas de tratamiento psicológico para el agresor, distintos de los de la víctima;
- desarrollar programas informativos y educativos en igualdad en centros de enseñanza, como prevención en materia de malos tratos y agresión sexual;
- para las mujeres que salgan de las casas de acogida, facilitarles ayuda económica complementaria a su salario social, darles prioridad para acceder a una vivienda social y adoptar medidas que fomenten su empleo, premiando a empresas que contraten a víctimas de la violencia doméstica (BOCA nº 164, 12 de febrero de 1998).

Una vez aprobada, los grupos parlamentarios siguieron de cerca su cumplimiento por parte del Gobierno de Aragón y prueba de ello es la pregunta que realiza el portavoz del G.P. Mixto, en representación de los Diputados de Chunta Aragonesista sobre las medidas que había adoptado el Gobierno de Aragón para ello (BOCA nº 237, 21 de enero de 1999). Y en la respuesta obtuvo un informe sobre las actuaciones realizadas por el Instituto Aragonés de la Mujer, durante el año 1998 (BOCA nº 268, 18 de junio de 1999). Allí, en líneas generales se hacía referencia a la realización de campañas publicitarias para sensibilizar e informar a la sociedad sobre la gravedad de los malos tratos y a la posibilidad de que las mujeres puedan ejercer sus derechos dentro del principio de igualdad; a los programas educativos en centros escolares; a las exposiciones, a los cursos, jornadas y seminarios realizados con la finalidad de que el personal de las distintas Instituciones que deben prestar atención en caso de malos tratos dispongan de los conocimientos e instrumentos necesarios; a las gestiones realizadas para la creación de una casa de acogida en Huesca; a los servicios y equipos especiales de atención a la mujer; al apoyo al movimiento asociativo; al sistema de subvenciones; a los protocolos de acción conjunta o a las investigaciones y estudios realizados.

El tema del maltrato a mujeres, como hemos dicho antes, es un tema presente en la sociedad y nuestros dirigentes políticos no lo han olvidado ni lo han dejado de lado. En ese sentido, en 1998 se presentó una nueva Propo-

sición no de Ley sobre maltrato a mujeres (BOCA nº 168, 4 de marzo de 1998), por parte del portavoz del G.P. Mixto, en representación de los Diputados de Chunta Aragonesista. En ella se volvía a insistir en la gravedad de esta violencia y se apuntaba la necesidad de una mayor eficacia para atajarla, poniendo de manifiesto que la actuación y la intervención de los poderes públicos no debe limitarse al ámbito asistencial. Por eso instaban al Gobierno de Aragón a:

- personarse como acusación particular en los casos de violación con resultado de muerte y en los casos más graves de malos tratos;
- dotar a la Administración de justicia de Aragón, especialmente a los juzgados de guardia, de la infraestructura informática adecuada para que, en el mismo momento de poner denuncia, pueda conocer si ha habido otra u otras denuncias anteriores por maltrato realizadas en otro juzgado y cuyo sujeto de la agresión sea la misma persona;
- establecer medidas de seguridad para que los padres autores de malos tratos, puedan visitar a sus hijos en un espacio neutral facilitado por la DGA, que cuente con un educador social que pueda realizar un informe e, incluso, con la policía para los casos más extremos;
- habilitar mecanismos que garanticen la integridad física de las mujeres y proporcionarles formación e información sobre hábitos y formas de vida que faciliten su protección;
- realizar cursos de formación sobre violencia doméstica y agresiones sexuales a los y las profesionales de los servicios sociales, de la medicina, abogacía, policía, judicatura y fiscalía;
- que los servicios de protección, al menos, reconozcan la violencia intrafamiliar como un importante factor de riesgo de maltrato psicológico.

Y si estas eran las medidas que podía adoptar el Gobierno de Aragón directamente, también se le instaba para que recabase del Gobierno español:

- la introducción en el Código Penal de la figura del «extrañamiento» o prohibición de cercanía a la víctima, según la cual, el autor de los malos tratos debería vivir en una localidad distinta a la de su víctima;
- el incremento de los recursos médico-forenses para la realización de las pruebas periciales para la investigación de los delitos;
- la dotación a los juzgados de guardia de un equipo de profesionales para poder dar la debida atención y apoyo a la víctima;



- la creación de una fiscalía especial para mujeres que garantice una intervención más ágil y adecuada en los casos de violencia contra éstas.

Sin embargo, la proposición fue rechazada por la Comisión Institucional (BOCA nº 177, 14 de abril de 1998).

Como ya hemos adelantado en algún otro punto de nuestro trabajo, el número de denuncias de malos tratos y agresiones sexuales contra mujeres en Aragón ha ido creciendo y en 1999 se denunciaron 536 casos, frente a los 460 de 1998. Y, como en anteriores ocasiones, los expertos seguían sosteniendo que esos casos no superaban el 10% de los casos reales, lo que seguía poniendo de manifiesto que el problema era más grave y generalizado de lo que parecía.

Tras esos datos y tras esa situación, el G.P. del Partido Aragonés entendió que se escondía una falta de apoyo y protección que las mujeres sentían en el proceso. Había que tratar de conseguir que las instancias judiciales cambiasen de actitud, porque el castigo de la violencia familiar, a su juicio, no era tanto un problema de ausencia de normas o de mayor severidad, sino de voluntad de aplicar la ley. Y para avalar su argumentación hacían referencia a un informe del fiscal de violencia doméstica de Aragón, donde se recogía, entre otras cosas, la necesidad de que fuesen un mismo juzgado de instrucción y un mismo juzgado de lo Penal los que, respectivamente, instruyesen y sentenciasen esa clase de hechos para buscar una mayor eficacia y coherencia, y un conocimiento más completo del alcance y del número de denuncias formuladas por un mismo sujeto activo contra un mismo sujeto pasivo.

Todo eso ponía de manifiesto que el problema de la violencia contra mujeres, a pesar de que se da en el ámbito de lo doméstico, no es un problema aislado ni privado, sino que es un gravísimo problema social, y las Administraciones tienen una buena parte de responsabilidad, razones por las cuales presentó una Proposición no de Ley sobre actuaciones institucionales sobre malos tratos y agresiones sexuales, en la que defendían la conveniencia de hacer un mayor esfuerzo de coordinación para que la oferta de recursos sociales fuese adecuada y se correspondiese con una correcta recepción de denuncias, buena asistencia sanitaria y unos procesos judiciales rápidos y efectivos, y que se aplicasen medidas penales que impidan a los agresores acercarse a la mujer que ha sido víctima de la agresión sexual o malos tratos (BOCA nº 40, 14 de marzo de 2000, y BOCA nº 50, 10 de mayo de 2000).

A la vista de las enmiendas, la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos, aprobó la proposición donde se instaba al Gobierno de Aragón a intensificar las campañas de sensibilización y prevención de la violencia domés-

tica, a crear programas de tratamiento psicológico para los hijos e hijas de las víctimas de malos tratos, a desarrollar en el sistema educativo medidas tendentes a erradicar cualquier discriminación por razón de género y a dirigirse al Gobierno Central y al Consejo General del Poder Judicial, solicitando la puesta en marcha de un Juzgado de violencia doméstica en Zaragoza que permitiera solucionar los problemas que se planteaban en el procedimiento judicial (BOCA nº 65, 5 de julio de 2000).

Los expertos seguían recordando que tan sólo el 10% de las mujeres maltratadas se atreven a denunciar. Esa falta de atrevimiento está provocada, entre otras cosas, por la falta de recursos económicos propios y la falta de trabajo que padecen las mujeres, lo cual les imposibilita para luchar por su futuro y el de sus hijos, viéndose abocadas a soportar situaciones de vida indignas.

Los poderes públicos son los obligados, según el artículo 41 de la Constitución, a mantener un sistema de prestaciones sociales, que garantice la asistencia de todos los ciudadanos en situaciones de necesidad. En ese sentido, la Comunidad Autónoma de Aragón creó un programa económico y social para garantizar los recursos mínimos de subsistencia y lograr la integración social y laboral de sus destinatarios, que era el Ingreso Aragonés de Inserción.

Pues bien, el G.P. Popular presentó una Proposición no de ley, que fue rechazada por la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos, en la que instaba al Gobierno Aragonés a incluir a las mujeres sin recursos económicos y sin trabajo que inicien un proceso judicial de separación, como consecuencia de sufrir violencia doméstica (BOCA nº 112, 16 de marzo de 2001, BOCA nº 126, 3 de mayo de 2001).

El mismo G.P. Popular, a la vista del problema de la violencia contra las mujeres y consciente de que la mejor arma para terminar con ella es la prevención, presentó una nueva Proposición no de Ley sobre campañas divulgativas de prevención de los malos tratos, que tras el plazo para presentar enmiendas fue aprobada por la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos, y por la que instaba al Gobierno de Aragón a que:

- en los centros educativos se realizasen campañas de sensibilización para superar el modelo de los diferentes roles asignados al marido y a la mujer;
- realizase también, campañas divulgativas de los recursos existentes en Aragón para las víctimas de la violencia familiar (BOCA nº 125, 26 de abril de 2001, BOCA nº 146, 25 de junio de 2001).

Con la aprobación de las enmiendas, se dejaron fuera de la proposición dos puntos en los que se pretendía instar al Gobierno de Aragón a que fir-

mase un protocolo con los ayuntamientos aragoneses para realizar campañas publicitarias que incrementasen la sensibilización de los ciudadanos ante la violencia doméstica, y a que realizase campañas publicitarias que animasen a denunciar los malos tratos físicos y psíquicos, tratando de eliminar el secreto que rodea a la violencia en la familia.

El G.P. Mixto, a través del Portavoz de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón, presentó una Proposición no de Ley sobre la presentación integral de prevención y tratamiento de la violencia de género, aprobada por el Pleno de las Cortes, con la que se pretendía que el Gobierno de Aragón presentara a la Cámara un Plan integral de prevención y erradicación de las conductas que generan la violencia de género, así como de asistencia a sus víctimas, que comprendiese todo el abanico de medidas de carácter preventivo, asistencial y de integración social que se considerase necesario y que, además, contase para su elaboración, con la participación de las Administraciones públicas y los agentes e instituciones sociales implicados en la materia, especialmente de aquéllas que trabajan directamente en la atención a las víctimas de la violencia de género (BOCA nº 141, 11 de junio de 2001, BOCA nº 162, 1 de octubre de 2001).

En su argumentación hacía un repaso por la situación de la mujer en la sociedad y la persistencia todavía de situaciones de discriminación con respecto al hombre. El hombre, a lo largo de la historia, se ha situado en una situación de clara superioridad respecto a la mujer porque ésta dependía económica, social y emocionalmente de él. Pues bien, es en esos contextos donde se produce la superioridad de unos seres humanos sobre otros, donde la violencia encuentra un campo abonado para su aparición.

Es verdad que esa situación ha ido cambiando y se va superando, especialmente desde la Constitución de 1978, que consagra la igualdad legal de hombres y mujeres pero, como ya hemos dicho también antes, en la vida y en la realidad cotidiana todavía se constatan desigualdades, y basta con mirar las cifras de tasas de actividad y paro o las retribuciones para apreciarlas. Por eso, los firmantes de la proposición pusieron de relieve la necesidad de que los poderes públicos aragoneses abordasen de forma efectiva y contundente una respuesta a ese problema y entendieron que las medidas a adoptar iban a ser necesariamente variadas, que irían desde «la prevención y el favorecimiento de los cambios sociales (de carácter educativo y cultural, de impulso de asociacionismo); las medidas sociales y de intervención laboral (asistencia a las víctimas; centros y casas de acogida, ayudas de emergencia e inserción laboral, formación profesional); y otras de carácter complementario (acceso a la vivienda, asistencia jurídica, readaptación de agresores, protección a menores)».

En ese sentido, una Proposición no de Ley del G.P. Popular, que fue rechazada, pretendía priorizar a las mujeres solas con hijos menores a su cargo o minusválidos con escasos recursos económicos, en el acceso a los cursos del Plan de Formación e Inserción Profesional, regulado en el artículo 1.2 del Real Decreto 631/1993 (BOCA nº 169, 24 de octubre de 2001, BOCA nº 209, 21 de febrero de 2002).

En el mismo terreno se situaba la Proposición no de Ley que presentó también el G.P. Popular, con la que pretendían que el Gobierno de Aragón elaborase una Guía Práctica contra la violencia doméstica que fuese informativa para las mujeres que sufren el maltrato y que fuese formativa para todos los profesionales implicados en temas relacionados con esa violencia, para que tengan una herramienta de trabajo con la que puedan trabajar por medio de protocolos de actuación especializados en las distintas áreas (médica, judicial, asistencial y policial). Sin embargo, la proposición fue rechazada por la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos (BOCA nº 225, 22 de abril de 2002, BOCA nº 241, 21 de junio de 2002).

El mismo G.P. Popular presentó dos nuevas Proposiciones no de Ley sobre violencia doméstica, que fueron aprobadas por la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos. En la primera de ellas, se instaba al Gobierno de Aragón a implantar una serie de medidas para luchar contra la violencia de género, como facilitar a todas las mujeres aragonesas «La guía de los derechos de las mujeres en Aragón» (editada por el Instituto Aragonés de la Mujer), establecer indicadores para poder evaluar la situación de las mujeres en los distintos ámbitos de la vida social, económica y política, crear un observatorio de la publicidad y de la imagen para intentar garantizar que en los medios de comunicación no se incluyen imágenes e información sexistas o discriminatorias para la mujer y conceder el Ingreso Aragonés de Inserción a las mujeres sin recursos económicos y sin trabajo que inicien un proceso judicial de separación, como consecuencia de sufrir violencia doméstica, y no tuviesen derecho a percibir las ayudas otorgadas por la Administración General del Estado (BOCA nº 260, 4 de octubre de 2002, BOCA nº 269, 6 de octubre de 2002).

En la segunda se insistía en el problema de que las mujeres que sufren violencia se ven obligadas a abandonar el domicilio y a buscar un refugio para preservar su integridad física e incluso su vida y la de sus hijos y, por ello, las casas de acogida son el mejor lugar para acoger a esas mujeres. Sin embargo, en Aragón no parecía que la dotación de plazas disponibles para acoger a mujeres maltratadas fuese suficiente (una plaza en un centro de acogida por cada diez mil mujeres, según la Unión Europea), especialmente en Teruel, donde no existía ningún tipo de vivienda que cubriese estas

necesidades. Por eso, instaban al Gobierno de Aragón a que, por una parte, crease de forma urgente una casa de acogida en la provincia de Teruel y, por otra, que en las casas ya en funcionamiento, incrementase los recursos sociales y laborales para las residentes y sus hijos (BOCA nº 284, 3 de enero de 2003, BOCA nº 26 de marzo de 2003).

Legislatura tras legislatura, hemos venido observando, y así lo hemos puesto de manifiesto, cómo la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género, es uno de los problemas más importantes de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. Y la preocupación está en el ámbito regional pero, por supuesto, también a escala estatal, hasta el punto de que el Parlamento nacional aprobó la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE núm. 183, 1 de agosto de 2003).

Esa ley parte de la necesidad de dar una respuesta integral a la violencia de género y habla de la coordinación como prioridad absoluta, por eso unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de esos delitos y faltas, «pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal». Es decir, en una misma resolución judicial se incluirían tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir un nuevo acercamiento a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin tener que esperar a que se formalice el correspondiente proceso matrimonial civil. Pero su elemento más innovador consistió en que la orden judicial de protección iba a suponer que las Administraciones públicas, estatal, autonómica y local activarían inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.

La orden de protección será acordada por el juez, de oficio o a instancia de parte, en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima. Y todas las órdenes de protección firmadas por cualquier juzgado o tribunal, irán a un Registro Central, «en el que se anotarán también los hechos relevantes a efectos de protección a las víctimas» de esos delitos o faltas.

Dada la importancia de la disposición legal, el G.P. Popular interpelló a la Consejera de Servicios Sociales y Familia sobre las medidas y las actuaciones que su Departamento iba a llevar a cabo para la difusión y conoci-

miento de la Ley. De la Interpelación dimanó una Moción en la que se instaba el Gobierno de Aragón a realizar campañas de información y divulgación de la Ley, a que fuese el Instituto Aragonés de la Mujer el único cauce para coordinar todas las medidas de asistencia social y a proveer de un dispositivo de telealarma con GPS a toda mujer a la que el juez dictase la Orden de protección.

La Moción fue aprobada, si bien, fruto de una enmienda presentada por el G.P. del Partido Aragonés, se suprimió la referencia al Instituto Aragonés de la Mujer y se incluyó un punto en el que se pedía al Gobierno de Aragón que se dirigiese al Gobierno central para que aprobase el Reglamento general para el establecimiento del sistema integrado de coordinación administrativa previsto en la propia Ley y, además, dotase a los Puntos de coordinación de los recursos económicos necesarios para garantizar su adecuado funcionamiento en las Comunidades Autónomas (BOCA nº 15, 24 de octubre de 2003, BOCA nº 23, 17 de noviembre de 2003, BOCA nº 33, 23 de diciembre de 2003).

Desde la aparición del problema de la violencia contra las mujeres se ha venido poniendo de relieve que una de las principales causas por las que no denunciaban los malos tratos, era la falta de dependencia económica por parte de la mujer. Esa independencia podría venir de la incorporación de la mujer a un puesto de trabajo que le proporcionase los recursos económicos suficientes para hacer frente a los gastos que supone una separación y la posterior supervivencia, para ella y para sus hijos, si los tuviese. En ese sentido, los Partidos Políticos, Organizaciones Sindicales y las Organizaciones Empresariales firmaron un protocolo sobre empleo femenino en la Comunidad Autónoma (10 de mayo de 2005) e instaban al Gobierno de Aragón a que desarrollase iniciativas y acciones encaminadas a solucionar los problemas del mercado laboral aragonés que afectasen significativamente al empleo femenino. También con esa finalidad, el Portavoz de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), presentó una Proposición no de Ley, rechazada por la Comisión de Economía y Presupuestos, en la que se instaba al Gobierno de Aragón a impulsar el protocolo, seguirlo y evaluarlo, y a promover políticas activas que fomenten la igualdad de la mujer y eliminen la precariedad en el ámbito laboral (BOCA nº 159, 29 de septiembre de 2005, BOCA nº 171, 18 de noviembre de 2005).

El mismo G.P. presentó otra Proposición no de Ley, aprobada por el Pleno de las Cortes, sobre medidas ante la violencia de género contra las mujeres, en la que se instaba al Gobierno de Aragón para que, a su vez, instase, por una parte, al Gobierno Central para crear un fondo social de ayudas a mujeres víctimas de malos tratos, así como un fondo de pensiones impagadas des-

tinado a mujeres víctimas de violencia de género, como consecuencia de sentencia de separación o divorcio y, por otra parte, para que solicitase al Ministerio de Justicia, la creación de un Juzgado exclusivo de Violencia sobre la Mujer (BOCA nº 172, 22 de noviembre de 2005, BOCA nº 173, 30 de noviembre de 2005).

## **2. Ámbito laboral**

Es un hecho que las mujeres son las que más limitan su vida profesional para asumir, casi en exclusiva, las responsabilidades familiares, entre ellas, el criar a los hijos, y para ello, o bien han interrumpido su vida laboral o bien han pospuesto su incorporación al mercado de trabajo. Pues bien, cuando se incorporan al trabajo, una vez superado ese período de tiempo, se encuentran con que esos años no forman parte del cómputo de años de cotización para obtener la pensión de jubilación.

A la vista de esa realidad, el G.P. Socialista presentó una Proposición no de Ley sobre el reconocimiento de los años dedicados a criar hijos (BOCA nº 119, 6 de junio de 1997). En ella, instaba a la Diputación General de Aragón a que solicitase del Gobierno central la elaboración de un proyecto de ley en el que se contemplasen las medidas necesarias para compensar a las mujeres que han interrumpido su vida laboral o la han pospuesto para poder dedicarse a criar a sus hijos e hijas y, una de esas medidas sería que la Seguridad Social asumiese tres años de cotización por cada hijo a efectos del derecho a percibir pensión de jubilación (conviene resaltar cómo en el texto de la proposición se observa una preocupación por hacer referencia tanto a los hijos como a las hijas).

Con el texto de la proposición y las enmiendas que presentaron los distintos grupos parlamentarios (BOCA nº 126, 9 de julio de 1997), el Pleno aprobó la Proposición no de Ley, prácticamente en los mismos términos iniciales, añadiendo únicamente la necesidad de aplicar medidas legislativas y sociales necesarias que ayudasen a compaginar el derecho del trabajo y la opción del cuidado de los hijos e hijas (BOCA nº 126, 9 de julio de 1997).

Lógicamente, no todas las actuaciones en materia de mujer, se realizaban en el campo de los malos trato y de las agresiones sexuales, sino que las preocupaciones de nuestros representantes políticos iban en muchas más direcciones. Es el caso de la Proposición no de Ley que presentó el G.P. Mixto, sobre revisión del Convenio 103 de la OIT donde se incorporan derechos básicos de las mujeres trabajadoras referentes a la maternidad, los cuales podían correr peligro a raíz del debate y aprobación del nuevo Convenio. Los firmantes de la proposición entendían que la reforma del nuevo Conve-

nio, lejos de recortar esos derechos, debería ir encaminada a mejorar los derechos de las mujeres trabajadoras para propiciar la igualdad de oportunidades en el acceso y mantenimiento de los puestos de trabajo, ampliando el período de descanso por maternidad, el derecho a la protección de la salud laboral de las mujeres embarazadas y en el período de lactancia, la regulación de los permisos parentales y la extensión de algunas de estas garantías a los padres adoptivos. Por eso, y en estos términos se aprobó, instaban al Gobierno de Aragón a que se dirigiese al Gobierno Central para que éste se pronunciasse en contra de cualquier modificación del Convenio 103 de la OIT, que suponga una reducción de los derechos en él reconocidos y a favor, en su caso, de cualquier ampliación y mejora (BOCA nº 46, 28 de abril de 2000, BOCA nº 50, 10 de mayo de 2000).

La situación de desigualdad y de discriminación en la que se encontraban las mujeres, y en la que todavía se encuentran en muchos aspectos, llegaba también al campo de la sanidad. La mayor esperanza de vida de las mujeres iba a provocar la aparición de discapacidades funcionales y enfermedades crónicas o más necesidades a largo plazo y, para mejorar su calidad de vida, iban a ser necesarias medidas preventivas e intervenciones que redujesen los factores de riesgo de esas enfermedades y de esas discapacidades.

Desde distintos ámbitos tanto nacionales como internacionales (IV Conferencia mundial sobre las mujeres de Beijing en 1995, IV Programa de acción comunitaria para la igualdad entre hombres y mujeres 1996-2000 de la Unión Europea, III Plan para la igualdad de oportunidades 1997-2000 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), se venía denunciando el hecho de que las iniciativas de igualdad requerían también su reflejo en políticas sanitarias y sociales que potenciaran y posibilitaran el acceso y el uso más igualitario a las medidas preventivas y de asistencia socio-sanitaria, y eso debía reflejarse también en materia de prevención e información a las mujeres.

En ese contexto el G.P. de Izquierda Unida presentó una Proposición no de ley, que fue aprobada por la Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que instaba al Gobierno de Aragón a elaborar un plan integral de atención sanitaria y social para la mujer, que contribuya a alcanzar una mejora progresiva en la salud y la eliminación de factores de discriminación social de la mujer en Aragón (BOCA nº 50, 10 de mayo de 2000, BOCA nº 63, 28 de junio de 2000).



### 3. Ciencia, tecnología e investigación

Otros campos en los que se ha denunciado la baja representación femenina en los espacios de toma de decisiones han sido los de ciencia, tecnología y universidad. La competencia exclusiva en investigación científica y técnica le corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón, en coordinación con el Estado y, en ese sentido, el Preámbulo de la Ley 9/2003, de 12 de marzo, de Fomento y Coordinación de la Investigación, el Desarrollo y la Transferencia de Conocimientos en Aragón, reconoce entre sus fines básicos, la contribución «al progreso, al bienestar social, a la eliminación de las discriminaciones» (art. 1).

Y, el Decreto 25/2003, de 30 de septiembre, del Gobierno de Aragón, donde se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad, le atribuye, de forma implícita, la responsabilidad de impulsar medidas efectivas para que puedan alcanzarse «los niveles de igualdad que requiere la sociedad actual».

Para conseguir la igualdad de oportunidades en esas áreas, sería necesario tener datos actualizados relativos a la educación y al mercado de trabajo. Eso se conseguiría si se elaborase un libro blanco sobre la participación de las mujeres en el ámbito de la investigación, la ciencia y la tecnología en Aragón, que es lo que pretendía el G.P. Chunta Aragonesista, cuando presentó una Proposición no de Ley, rechazada por el Pleno de las Cortes, con ese mismo objetivo, elaborar el libro blanco que sirva de apoyo para la puesta en marcha de actuaciones específicas dirigidas a la consecución de la igualdad de oportunidades en dichas áreas (BOCA nº 165, 3 de noviembre de 2005, BOCA nº 181, 28 de diciembre de 2005).

En ese mismo sentido, el Pleno aprobó una Moción, dimanante de una Interpelación, por la que instaban al Gobierno de Aragón a elaborar un informe sobre la situación de las mujeres en el sistema aragonés de ciencia-tecnología-empresa (pendiente de publicación).

### 4. Participación política

En el enfrentamiento entre lo público y lo privado hunde sus raíces la desigualdad entre hombres y mujeres porque históricamente, ya desde la etapa liberal, lo privado no formaba parte de la política y las mujeres eran confinadas a él. Para superar esa desigualdad, era necesario integrar lo privado en lo público para así integrarlo en la política, porque sólo de esa manera las mujeres podrían acceder a la política y a lo público (23).

---

(23) PATEMAN, C., «Críticas feministas a la dicotomía público/privado», en C. CASTELS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 35.

Uno de los pasos más importantes para la igualdad entre hombres y mujeres fue la extensión del derecho de sufragio a las mujeres, el cual permitiría el acceso de la mujer a la igualdad social y política (24).

Sin embargo, el acceso de las mujeres a los mismos derechos formales que los hombres, entre ellos el derecho al voto, el derecho a presentarse a las elecciones y el derecho a presentar su candidatura a puestos elevados de la administración pública, no ha conducido a la igualdad en la práctica, ni ha hecho que la mujer haya llegado a los puestos de representación de igual manera que el hombre y por eso se está planteando el debate de las cuotas electorales. De esa manera, es fácil concluir que existe un importante déficit democrático con una importante desigualdad en todas las instancias y organismos de decisión públicos y políticos a todos los niveles, tanto local como regional, nacional e internacional (25).

Cualquier sistema democrático debería asegurar una participación igual de sus ciudadanos y ciudadanas en la vida pública y en la vida política, y por eso hombres y mujeres deberían participar de igual manera en la toma de decisión pública y política (26). No se trata de que las mujeres desplacen a los hombres de la responsabilidad política, sino de compartir esa responsabilidad (27).

En este sentido, en la Comunidad Autónoma de Aragón, nuestros representantes políticos apenas han tomado iniciativas para conseguir superar la infrarrepresentación de la mujer en los puestos de poder, en el ámbito político.

En la V legislatura, la Agrupación Parlamentaria de Izquierda Unida de Aragón, presentó una Proposición no de Ley sobre el acceso en condiciones de igualdad de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas (28). En su exposición de motivos se hace referencia a la profunda transformación del papel de la mujer en la sociedad del siglo XX, y su progresiva incorporación a espacios que hasta entonces parecía tener vedados. A pesar de esa evolución, todavía persisten algunas discriminaciones en el ámbito labo-

---

(24) M. L. BALAGUER, *ob. cit.*, p. 31.

(25) Declaración de Atenas, 1992, adoptada en la primera Cumbre Europea «Mujeres en el Poder», celebrada en Atenas, el 3 de noviembre de 1992.

(26) TERRÓN SANTOS, D., *La igualdad de derechos ...*, *op. cit.*, p. 27.

(27) *Por una democracia paritaria*, Acto conmemorativo del 8 de marzo, Día Internacional de la Mujer, Serie Debate, nº 15, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), 1994; C. Alberdi, M. Subirats, J. Alemany i Roca, M. Rivadulla i Gracia, I. Tocino, R. Conde y C. Alborch.

(28) Proposición no de Ley núm. 112/01, sobre el acceso en condiciones de igualdad de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas (BOCA nº 125, 26-04-2001), presentada por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida Aragón (G. P. Mixto).

ral y en el reparto de las tareas domésticas, que dificultan esa definitiva igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.

La Proposición reconoce que hay un ámbito en el que la mujer está claramente infrarrepresentada, en el que el papel de la mujer no ha sido plenamente reconocido, y es en el terreno de la función política, en el terreno de los mandatos electivos de cargos públicos. Y, teniendo en cuenta el peso global demográfico de la mujer, entienden que cabe establecer medidas legislativas que compensen esa desigualdad.

Se pone de ejemplo a seguir, la reforma francesa que ha incorporada al art. 3 de la Constitución, el siguiente texto: «La ley favorece el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas», y la consideración de su Código electoral, cuando prevé que «Sobre cada grupo de listas, la diferencia entre el número de candidatos de cada sexo no puede ser superior a uno. En el seno de cada grupo entero de seis candidatos en el orden de presentación de la lista debe figurar un número igual de candidatos de cada sexo», estableciendo una sanción económica, a través de la financiación pública, para aquellos partidos que incumplan en más de un 2% los objetivos marcados por la Ley (29). Los firmantes de la Proposición entienden que son unos criterios beneficiosos para la incorporación de la mujer a esos puestos electivos y que bien podían extenderse a nuestro país y a la Comunidad Autónoma de Aragón, medidas como esas.

Con ese fin instan al Gobierno de Aragón para que «estudie la incorporación a la legislación electoral aragonesa de medidas que favorezcan, asimismo, el acceso en condiciones de igualdad de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas» y para que «se dirija al Gobierno central solicitando que, con el objetivo de posibilitar una democracia paritaria, inicie el proceso de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de manera que se pueda garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales».

La Proposición fue aprobada por el Pleno de las Cortes de Aragón (30), si bien es evidente que ni el Gobierno de Aragón ni el Gobierno central ha tomado las medidas que en ella se apuntaban, pues a fecha de hoy ni la Ley Electoral General ni la normativa aragonesa se han modificado en ese sentido.

---

(29) Reforma llevada a cabo por las Ley constitucional número 99-569, de 8 de julio de 1999, y por la Ley número 2000-493, de 6 de junio de 2000.

(30) BOCA nº 170, 25 de octubre de 2001.

## V. PRESENCIA DE LAS MUJERES EN EL GOBIERNO Y EN LAS CORTES DE ARAGÓN

Y hablando de participación, veamos ahora en qué grado la mujer aragonesa está presente en los puestos de representación política.

Las Cortes de Aragón se conforman con los diputados y diputadas que han resultado electos y electas en las correspondientes elecciones, es decir, con quienes figuraban en las candidaturas presentadas por los partidos políticos a las elecciones y han obtenido un escaño en el escrutinio electoral. Teniendo en cuenta que es la voluntad de los partidos la que decide quienes y en qué orden se sitúan las personas que figuran en sus listas, y siendo éstas, cerradas y bloqueadas, son ellos los que tienen una capacidad decisoria casi absoluta para decidir cuantas y que posición ocuparán las mujeres en los órganos y aparatos de representación política.

La participación de la mujer en los órganos de representación política en Aragón viene reflejada en la tabla 1. Allí se aprecia como esa participación en las Cortes de Aragón, ha ido aumentando sucesivamente, pasando de un 4,7% en la primera legislatura (1983-1987) a un 34,3% en la actual, con la excepción de un retroceso que se produjo en la II legislatura. Y en números totales, han pasado de ser 3 a ser 23, con la excepción de retroceso de la II legislatura, en la que sólo hubo una mujer.

No obstante, esa progresión no se ha visto reflejada en los órganos internos de la Cámara, ni en los de dirección, Mesa y Presidente, ni en la Junta de Portavoces ni en la Diputación Permanente, como veremos.

**Tabla nº 1**

	Nº Diputados	Hombres	Mujeres	% de mujeres
I Legislatura	66	63	3	4,7
II Legislatura	67	66	1	1,4
III Legislatura	67	61	6	9,1
IV Legislatura	67	58	9	13,4
V Legislatura	67	48	19	28,3
VI Legislatura	67	45	22	32,8
VII Legislatura	67	44	23	34,3

*Elaboración propia*

Por Grupos Parlamentarios, la tabla 2 refleja el número de escaños que han ocupado las mujeres. También allí se percibe un incremento progresivo de la presencia femenina en los bancos aragoneses.

El Grupo Socialista ha tenido una línea progresiva de incremento de mujeres en sus filas, pasando de 3 a 12 en la VII legislatura, con dos descensos en la II y en la IV, que se quedó con 1 y 2 mujeres respectivamente.

El Grupo Popular inició la incorporación de la mujer en sus escaños a partir de la III legislatura, y a partir de ahí ha mejorado sensiblemente, de 1 a 8, si bien en las dos legislaturas anteriores ofreció un estancamiento al mantener el número de 7.

El Grupo Parlamentario Aragonés comenzó con 2 mujeres en la IV legislatura y en las dos legislaturas anteriores parecía estancado con 3, pero en la actualidad todavía ha empeorado al descender a 2.

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida sólo ha tenido representación femenina en una ocasión, una diputada en la IV legislatura.

Y el Grupo Parlamentario de Chunta Aragonesista hizo su aparición en escena política en la V legislatura con una diputada, aumentó a 2 en la pasada y en la actualidad vuelve a tener tan solo una.

**Tabla nº 2**

Legislatura	I	II	III	IV	V	VI	VII
PSOE	3	1	5	2	8	10	12
AP/PP	–	–	1	4	7	7	8
PAR	–	–	–	2	3	3	2
IU	–	–	–	1	–	–	–
CHA	–	–	–	–	1	2	1

*Elaboración propia*

Como ya adelantábamos, las Cortes de Aragón, todavía no han conocido una presidencia femenina. Hasta ahora, el puesto de Presidente de la Cámara lo ha ocupado siempre un hombre. Y respecto a la composición de la Mesa, fue en la pasada legislatura, la VI, cuando por primera vez ha habido dos mujeres, de los cinco miembros. En la Legislatura actual, son tres mujeres de los cinco miembros.

En la Junta de Portavoces, tampoco ha habido hasta el momento una mujer como portavoz titular, si bien, a partir de la IV legislatura encontramos presencia femenina entre los suplentes: dos en la IV legislatura, tres en la V, 3 en la VI y 3 en la actual.

En la Diputación Permanente, es en la V legislatura, es decir, año 1997, cuando se incorpora una mujer de los diecisiete miembros. Y en la actual, son 5 de catorce puestos.

Por lo que se refiere a la participación de la mujer en el Gobierno de Aragón, no podemos ser más optimistas que ante estos últimos datos. Para ser exactos, encontramos un panorama bastante desolador, como refleja la tabla nº 3. La primera mujer que ocupa una Consejería lo hace en el año 1987, en la II legislatura, y así continua hasta el año 2003, cuando se incorporan 2 mujeres al gobierno aragonés, proporción bastante insignificante teniendo en cuenta que el número de consejeros asciende a 11. En verdad, dos de once, es una proporción que se aleja bastante del carácter paritario que tenía el gobierno central. Además, en esa escasa progresión, se produce un retroceso en la IV legislatura, en la que de los 7 consejeros no hay ninguna mujer.

Además las consejerías que han ocupado las mujeres han sido las de Educación y Ciencia, Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, Educación y Ciencia y Ciencia Tecnología y Universidad, todas ellas, aunque con diferentes denominaciones, relativas a los asuntos que, tradicionalmente, se han considerado más femeninos o más cercanos a la sensibilidad femenina.

En la actual Legislatura, la VII, son cuatro las mujeres consejeras, las cuales, en la misma línea de lo que acabamos de decir, se ocupan de las consejerías de Servicios Sociales y Familia, Salud y Consumo, Educación, Cultura y Deporte y Ciencia, Tecnología.

Esto refleja que así como la mujer aragonesa se ha ido incorporando a los puestos de diputada en las Cortes de Aragón, cuando se trata de ocupar puestos en el gobierno de la Comunidad, la mujer no cuenta con el mismo apoyo, y quienes han ido ocupando las distintas presidencias no han depositado su confianza en un número mayor de mujeres.

**Tabla n° 3**

	Nº de miembros	Nº de mujeres
1 <sup>er</sup> Gobierno (Oct.-Nov. 1982)	8	0
2 <sup>o</sup> Gobierno (Nov.-Dic. 1982)	8	0
3 <sup>er</sup> Gobierno (Dic. 1982-Jun. 1983)	9	0
4 <sup>o</sup> Gobierno (Jun. 1983-Agost. 1987) I Legislatura	9	0
5 <sup>o</sup> Gobierno (Agost. 1987-Jul. 1991) II Legislatura	9	1
6 <sup>o</sup> Gobierno (Jul, 1991-Sep. 1993) III Legislatura	9	1
7 <sup>o</sup> Gobierno (Sep. 1993-Ene. 1995) III Legialatura	10	1
8 <sup>o</sup> Gobierno (Ene. 1995-Jul. 1995) III Legislatura	10	1
9 <sup>o</sup> Gobierno (Jul. 1995-Agost. 1999) IV Legislatura	7	0
10 <sup>o</sup> Gobierno (Agost. 1999-Jul. 2003) V Legislatura	10	1
11 <sup>o</sup> Gobierno ( Jul. 2003-Jul. 2007)	11	2
12 <sup>o</sup> Gobierno (Desde julio de 2007)	12	4

*Elaboración propia*

## **VI. OTRAS INICIATIVAS**

Proposición no de Ley núm. 184/00, sobre una campaña informativa sobre la menopausia, para su tramitación ante la Comisión de Sanidad y Asuntos Sociales (BOCA n° 97, 29 de diciembre de 2000, BOCA n° 106, 21 de febrero de 2001).

Proposición no de Ley núm. 130/01, sobre la erradicación de la mutilación genital femenina, para su tramitación ante la Comisión de peticiones y Derechos Humanos (BOCA n° 132, 15 de mayo de 2001, BOCA n° 146, 25 de junio de 2001).

Proposición no de Ley núm. 113/02, sobre la aplicación de la Sharia (recogida en la ley islámica), para su tramitación ante la Comisión de Peticiones y derechos Humanos (BOCA nº 244, 18 de abril de 2002, BOCA nº 258, 27 de septiembre de 2002).

Proposición no de Ley núm. 185/02, sobre protección, promoción y apoyo a la lactancia materna (BOCA nº 300, 24 de febrero de 2003).

Proposición no de Ley núm. 78/03-VI, sobre la creación de un permiso de paternidad (BOCA nº 52, 16 de abril de 2004).

Proposición no de Ley núm. 235/05, sobre la puesta en marcha de medidas tendentes a la protección del embarazo en mujeres gestantes con rentas familiares bajas (BOCA nº 177, 21 de diciembre de 2005, BOCA nº 181, 28 de diciembre de 2005).

## VII. REFLEXIÓN FINAL

No cabe duda de que promover políticas y acciones específicas a favor de las mujeres es importante, pero eso no basta. Lo que hemos de conseguir es introducir esa igualdad pretendida de una forma visible respecto de sus efectos, sobre la situación de los hombres y las mujeres (perspectiva de género) y reconocer las identidades masculina y femenina para instaurar una división equilibrada de las responsabilidades.

Llegados a este punto, queremos poner de manifiesto nuestra adhesión a una corriente que recoge DENNIGER (31), en la que se hace referencia a «una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad, es decir, por las diferencias entre los hombres». Se trata de que la mujer no debe contentarse con ser considerada igual al hombre, dotada de los mismos derechos, sino que lo que ha de reclamar es su igualdad a través del reconocimiento de su diferencia respecto del hombre. Hasta ahora, a la mujer se le han ido extendiendo los derechos del hombre, recogidos en unas leyes hechas por hombres, de manera que la mujer se ha adaptado a los estereotipos masculinos preestablecidos, cuando resulta que, quizás, si esas normas donde se recogen los derechos estuvieran elaboradas con la participación de las mujeres, esos estereotipos variarían.

No se trata de que la mujer adopte el rol masculino porque, a lo mejor, intentar asimilar la mujer al hombre puede ser igual de perjudicial para la

---

(31) DENNIGER, E. «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», *REP*, nº 84, 1994, pp. 69 y ss.



mujer que mantenerla en la discriminación (32). Lo ideal sería conseguir una sociedad donde cada ciudadano y ciudadana puedan elegir sin estar condicionados por unos roles sociales preestablecidos, donde ambos sexos pudieran compartir de igual modo el mundo de lo público (trabajo extradoméstico) y de lo privado (crianza de los hijos, tareas del hogar, economía doméstica, etc.), sin necesidad de que la mujer renuncie a su identidad para parecerse al hombre (33).

En nuestro Estado de Derecho y a la luz de la Constitución, los poderes públicos tienen el deber de promover condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los cuales se integran, sean reales y efectivas y las normas deben tener como objetivo la consecución o ir en la dirección del principio de igualdad. Por esa razón, la legislación aragonesa prevé la necesidad de que tanto los proyectos de ley como los reglamentos vayan acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen.

A pesar de esa previsión, el G.P. Chunta Aragonesista presentó una Proposición no de Ley, rechazada por la Comisión de Asuntos Sociales, por la que instaba al Gobierno de Aragón a elaborar un Proyecto de Ley de Medidas para incorporar la Valoración del Impacto de Género a las disposiciones normativas que elabore el Gobierno de Aragón, a fin de que se incorpore expresamente la valoración de la perspectiva de igualdad de género, tanto en las exposiciones de motivos de los proyectos de ley como en las memorias de los proyectos de disposiciones de carácter general (BOCA nº 105, 19 de enero de 2005, BOCA nº 105, 15 de febrero de 2005).

---

(32) ELÓSEGUI ITXASO, M., «Igualdad y diferencia hombre-mujer según el Tribunal Constitucional español», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 52, 1998, pp. 149-151.

(33) Cuando se aprobó la cláusula de no discriminación por razón de sexo en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, la diputada Revilla López decía en su intervención: «las mujeres queremos conservar nuestra feminidad, que es un atributo precioso de la humanidad y, al mismo tiempo, sin renunciar a poder ser protagonistas de nuestra propia vida y a participar en igualdad de esfuerzos y responsabilidades en el quehacer común» en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 69, 18 de mayo de 1978, p. 987.

## TRES AÑOS DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DEL SECTOR FERROVIARIO(\*)

MARÍA ISABEL RIVAS CASTILLO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL COMPROMISO DE UNOS OBJETIVOS POR CUMPLIR.— II. EL NUEVO CONCEPTO DE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA Y SU PROTAGONISMO NORMATIVO: 1. El diseño de la Red Ferroviaria de Interés General. 2. Instrumentos de planificación: el Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte y los planes sectoriales. 3. El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias: A) Ejecución progresiva de objetivos. B) La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte (SEITT).— III. GARANTÍAS DE ACCESO Y LA DECLARACIÓN SOBRE LA RED: REQUISITOS PREVIOS PARA INSTAURAR LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FERROVIARIO.— IV. DATOS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN EN EL SECTOR: NUEVAS EMPRESAS CON VOCACIÓN FERROVIARIA.— V. RECAPITULACIÓN.— VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* Ya han transcurrido más de tres años desde que entrase en vigor la Ley del Sector Ferroviario (Ley 39/2003, de 17 de noviembre), momento ahora elegido para revisar en qué forma y medida se han desarrollado algunas de aquellas premisas, que anunciaban aires nuevos sobre nuestras vías ferroviarias estatales. Una norma, que junto a sus disposiciones de desarrollo, nos presentó encima de la mesa importantes novedades. Unos objetivos directos y clarividentes capitaneaban una Ley, que forjada sobre un patrón comunitario, daría paso a un modelo ferroviario bien distinto al que veníamos acostumbrados. Aunque cierto es, que la apertura del mercado del transporte ferroviario a una pluralidad de operadores prestacionales sería un hecho en breve, el legislador mantiene un interesante protagonismo en la Administración Pública. A lo largo de este estudio se reflexionará desde una perspectiva siempre crítica y objetiva, sobre cuáles han sido los cambios reales y cuáles las adaptaciones que desde el sector, desde la labor de todos sus agentes, se han experimentado a lo largo de estos tres años. Un periodo que si bien pudiera parecer extenso en el tiempo, se adivina exiguo en un sector como el nuestro, teniendo en cuenta la mutabilidad a la que se ha visto expuesto. Desde el protagonismo conceptual de las infraestructuras ferroviarias; la elaboración por las Administraciones públicas de planes que afectan al sector; la puesta en marcha de los nuevos entes públicos ferroviarios; los primeros

---

(\*) Comunicación presentada en la III Jornada anual del Grupo de Investigación sobre Sectores Económicos Regulados (GISER): *Energía y Transportes*; celebrada en Sotogrande (Cádiz), en Noviembre de 2007.

pasos hacia la apertura real del mercado ferroviario a la competencia; la aparición de empresas con vocación ferroviaria que se convertirán en agentes activos de acuerdo a un sistema de licencias y autorizaciones predeterminado, son algunas de las cuestiones que pasamos a analizar.

*Palabras clave:* sector ferroviario; infraestructura ferroviaria; red ferroviaria de interés general; instrumentos de planificación (PEIT); administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF); declaración sobre la red; licencias ferroviarias.

*ABSTRACT:* They have already spent three years since the Law of the Railway Sector entered in force, moment to review the degree of development of those ideas, that they announced new airs in the state railroad. A norm, that next to its dispositions of development, displayed important new features to us. Direct objectives of a Law, that elaborated on the communitarian right, would take step different to a railway model. It is certain that the opening of the market of the railway transport to a plurality of operators would be a fact soon, and the legislator maintains an interesting protagonism in the Public Administration. Throughout this study it will be reflected, from a critical and objective perspective, on which have been the true modifications in the sector, experimented during these three years. A period that could seem long in the time, would be short in a sector like ours, if we consider the changes that have experimented.

*Key words:* railways; rail infrastructure; railways of general interest; planning; infrastructure manager; network statement; licensing of railway undertakings.

## **I. INTRODUCCIÓN: EL COMPROMISO DE UNOS OBJETIVOS POR CUMPLIR**

Hace algunos meses la Ley del Sector Ferroviario celebraba su tercer aniversario como Ley vigente (1). No pocas fueron las novedades que esta Ley introdujo en el sector del transporte ferroviario, y no pocas las buenas intenciones que desde instancias públicas se han pregonado a los cuatro vientos en una interesante pluralidad de foros. Ante la incesante proliferación de normas desde el Derecho Comunitario, la llegada del nuevo siglo se convirtió para el legislador estatal en el momento idóneo para afrontar directamente una nueva regulación de un sector inmerso en un intenso proceso de cambio. Tras varios meses de debate parlamentario, aquél original Borrador de Anteproyecto de Ley que a finales del año 2002 fuese presentado por el entonces Ministro de Fomento Álvarez Cascos, alcanzó la consagración como Ley en el otoño de 2003, y aunque bien es cierto que diversos avatares políticos

---

(1) Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; *Boletín Oficial del Estado* núm. 276, de 18 de noviembre de 2003 —pp. 40.532 a 40.562—.

demoraron su entrada en vigor, por fin contaríamos con nuevas normas que nos volverían a situar sobre el vagón del ferrocarril europeo (2).

Desde principios de los años noventa se han ido aprobando diferentes normas en el seno de la Unión Europea que, presentadas a través de diversos «paquetes ferroviarios», han forjado un modelo orientado hacia la consecución de una auténtica Red Ferroviaria Transeuropea (3). En ocasiones han sido medidas adoptadas sobre la Política Común de Transportes, en otras tantas sobre directrices de la Política de Redes Transeuropeas, lo cierto es que hoy por hoy el sector ferroviario estaría representado por principios bien distintos a los que le han caracterizado durante décadas. Un sector que continúa comprometido en ese proceso de cambio, proyecto que descansa sobre pilares fundamentales orientados hacia la conquista de un ferrocarril más eficaz y acorde a las necesidades de la Comunidad (4). Pero no se trata de una actuación aislada y de responsabilidad únicamente de la UE, sino que ello entraña un trabajo firme y el compromiso de todos los Estados miembros. Una labor que nuestro legislador ha asumido y lo hace desde parámetros de neoregulación; una regulación novedosa para el sector ferroviario que descansará sobre dos pilares protagonistas: por un lado, la apertura del mercado prestacional a la pluralidad de operadores, poniendo fin al clásico monopolio personificado en RENFE, y por otro lado, la separación de una

---

(2) En relación al sector ferroviario y a sus últimas modificaciones puede verse mi trabajo publicado bajo el título *Régimen Jurídico de las Infraestructuras Ferroviarias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

(3) Aunque bien es cierto que la efectividad del impulso ferroviario desde la UE debe situarse en los albores de la década de los noventa, la preocupación por el transporte, en sus diferentes variantes, ha sido siempre una constante entre las acciones Comunitarias. No en vano una de las tres políticas comunitarias que inauguraron el proyecto de la actual Unión Europea fue la de transportes junto a la política agraria y al comercio exterior.

(4) El principio de eficacia representa sin lugar a dudas un auténtico escalón de apoyo, un soporte esencial en el diseño del nuevo ferrocarril que desde Instituciones Comunitarias se viene construyendo en los últimos años. Buena muestra de ello es uno de los textos clave en este proceso, concretamente la Directiva 91/440/CEE de 29 de julio del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, en el que el Consejo recuerda constantemente a través de sus Considerandos, la obligación de la Comunidad de convertir el ferrocarril en un medio de transporte eficaz. Una Disposición normativa principal para la puesta en marcha de un ferrocarril moderno, desde la que se sostiene como necesidad imperiosa recuperar al ferrocarril como medio de transporte eficiente, por cuanto aquél representa una pieza protagonista en la consecución de los objetivos comunitarios, y entre ellos la realización de un auténtico mercado interior. Se trataría de una relación tridimensional: no habría posibilidad real de construir el mercado interior en el seno de la Unión Europea sin los transportes, y entre los diferentes medios de transportes el ferrocarril es un elemento vital, razón de más que para alcanzar los objetivos comunitario de mercado sea prioritario impulsar el sector transportes como un todo, y a cada uno de los medios de forma individualizada, compromiso en el que se sitúa el ferrocarril hoy en día como un protagonista indiscutible (mercado interior/transporte/ferrocarril).

histórica unión de hecho y de derecho, la existente entre infraestructuras y servicios.

Tras diversas modificaciones en el ámbito del transporte ferroviario, encaminadas a ir solapando las fisuras que nuestro sistema de transporte por ferrocarril presentaba ante las nuevas directrices comunitarias, el legislador estatal decide revisar in totum su régimen jurídico, circunstancia que se traduciría en la aprobación de una nueva Ley sectorial: la Ley del Sector Ferroviario de 17 de noviembre de 2003 (5). Con ello se pondría punto y aparte a la regulación inmediatamente precedente, en la que desde un tratamiento conjunto de los transportes terrestres se consagraba su marco de actuación. El legislador aborda de nuevo, como ya lo hiciese en el siglo XIX, una normativa propia para la regulación de un sector cuya revitalización se sitúa entre los objetivos principales de las políticas comunitarias, y de forma extensiva entre las políticas de sus Estados miembros. No en vano, el transporte ferroviario es considerado actualmente como el medio de transporte más seguro, ecológico y respetuoso con el modelo de desarrollo sostenible: el bajo consumo energético, su capacidad para adaptarse a las energías renovables, y las emisiones mínimas de contaminación, junto a la situación de congestión en las carreteras, son algunas de las razones principales que han llevado a reconsiderar las ventajas de este modo de transporte, motivos que despertaron el interés sobre el viejo ferrocarril en un momento de declive (6). Más de la mitad de

---

(5) A lo largo de la década de los noventa varias fueron las novedades normativas que irrumpieron en un sector como el nuestro, que si bien contaba con una regulación relativamente reciente no respondía al proyecto ferroviario que se estaba fraguando en hornos comunitarios (la Ley 16/1987, de 30 de noviembre, de Ordenación de los Transportes Terrestres sería su máximo exponente). Tras las primeras disposiciones europeas al efecto, en 1991, las reacciones no podían hacerse esperar, y por ende aparecieron en nuestro campo jurídico nuevas normas con la pretensión de ir adaptando este modo de transporte a aquellas nuevas directrices. Fue así como después de treinta años desde que se aprobase el viejo Estatuto de RENFE (en 1964), se presentó uno nuevo, entre cuyo contenido se incluyeron interesantes cambios; modificaciones dentro de las cuales tenemos que resaltar la predicada separación, al menos contable, entre infraestructuras y servicios de transporte ferroviario: aparecen de esta forma las Unidades orgánicas como modelo de gestión que pronto sería secundado en el diseño del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (artículos 160 y 161 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social). La creación de un nuevo Ente, el GIF, con la pretensión de asumir únicamente funciones relacionadas con el elemento físico e infraestructural ferroviario, así como la aprobación de disposiciones que permitiesen la apertura progresiva de nuestro ferrocarril al juego del mercado (artículo 104 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y el Real Decreto 2111/1998, de 2 de octubre, por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias), fueron algunas de las opciones normativas en el Derecho nacional, pero que no lograron la efectividad suficiente y esperada.

(6) Un buen indicador serían los resultados reales del transporte ferroviario de mercancías en el tramo 1970-año 2000: durante este periodo el ferrocarril ha perdido terreno en relación al transporte aéreo y al transporte por carretera; la cuota de mercado del transporte ferroviario de mercancías en Europa cayó de un 21,1% a un 8,4%. Sobre el ferrocarril y su consumo de energía ver

los trenes que están en circulación en nuestra red ferroviaria son impulsados por motores eléctricos, menos ruidosos que los motores diesel; este tipo de máquinas de tracción además no producen humos ni gases de escape, lo que se traduciría en una buena opción desde la óptica de la contaminación atmosférica. Igualmente, el ferrocarril es el medio de transporte para el que sería más cómodo optar por el uso de fuentes renovables que sustituirían a la energía eléctrica, frente a otros transportes que únicamente utilizan derivados del petróleo.

La nueva Ley consagra como objetos protagonistas de regulación a los dos componentes fundamentales del ferrocarril: su infraestructura, y el régimen jurídico aplicable a los servicios de transporte (7). Una Ley preocupada por alcanzar unos fines certeros en torno a un medio de transporte que se pretende «en alza». El legislador estatal es consciente en todo momento del papel que debe desempeñar ahora este modo de transporte, y así quedará constatado desde los primeros preceptos de la Ley. Se mantienen fines que podríamos calificar de «clásicos» en el sector: como el compromiso por garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado, mantener la unidad de mercado y satisfacer las necesidades de la sociedad con el máximo grado de eficacia (8). La separación entre el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras y a los servicios, así como la apertura del mercado de transporte ferroviario a la competencia, han motivado importantes cambios en el sector. La seducción de los parámetros de liberalización sobre el ferrocarril ha puesto en tela de juicio instrumentos tradicionales, fomentando la búsqueda de herramientas jurídicas que sirviesen para dar respuesta a las nuevas directrices ferroviarias. Como ya ocurriese en otros sectores económicos, el abandono de modelos monopolísticos ha sido sustituido por todo un

---

Pedro PÉREZ DEL CAMPO, en *La aportación del ferrocarril a un consumo energético sostenible*, en Revista Física y Sociedad, Colegio Oficial de Físicos, Otoño 2002, X Aniversario del Congreso Nacional del Medio Ambiente.

(7) Aunque junto a ellos podríamos resaltar un tercer bloque: el relativo a los servicios adicionales, complementarios y auxiliares, actividades que facilitarán el funcionamiento del sistema ferroviario (artículos 39 a 41 de la LSF). Es la primera vez que el legislador estatal dedica cierta atención a este tipo de actividades relacionadas directamente con el transporte ferroviario, funciones que por el contrario habían tenido cabida entre el transporte por carretera desde la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987. Sobre este tipo de actividades ver María Isabel RIVAS CASTILLO en *Objeto y finalidad de la Ley del Sector Ferroviario*, en la obra colectiva *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario —Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario—*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, páginas 181 y siguientes.

(8) Unos principios que como ya apuntase nuestro Alto Tribunal han de servir de orientadores de la política económica del Estado, y no interpretadas como reglas de atribución de competencias a favor de él (Sentencias del Tribunal Constitucional 71/1982, 95/1984 y 14/1997, y Sentencias 52/1988 y 14/1989).

conjunto de licencias y autorizaciones (títulos de intervención pública); la renuncia a su histórica categorización como servicio público en armonía con el mantenimiento de necesidades esenciales de la colectividad relacionadas con el transporte, han llevado a diseñar nuevas fórmulas jurídicas en las que las Administraciones públicas continúan siendo responsables. Unos compromisos que se traducen, a la luz de la nueva Ley, en la normativización de parámetros que faciliten el acceso a la infraestructura ferroviaria mediante procedimientos objetivos, transparentes y no discriminatorios (adecuada utilización de los recursos); que promuevan las condiciones de competencia en la prestación de servicios ferroviarios, así como que garanticen la prestación de esos servicios de manera continua, eficaz y segura. Pero no será el Estado la única Administración pública con competencia sobre el sector de los transportes dentro de nuestras fronteras, una realidad constitucional que el legislador ha querido recordar ahora, abogando desde este texto normativo por la coordinación de actuaciones entre aquéllas (9). Por último, su autor no podía obviar el papel del Estado como parte integrante de la Unión Europea, comprometido con todas y cada una de sus políticas, y entre ellas también la política europea común de transporte ferroviario. Una circunstancia que sitúa entre los objetivos esenciales de nuestro ferrocarril su conversión en un medio de transporte sin barreras, en un modo compatible con los sistemas ferroviarios de terceros Estados miembros, o utilizando una nomenclatura más comunitaria: lograr y favorecer la interconexión y la interoperabilidad de sistemas.

## II. EL NUEVO CONCEPTO DE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA Y SU PROTAGONISMO NORMATIVO

La delimitación conceptual de uno de los componentes vitales del sector: la *infraestructura ferroviaria*, se presenta entre las grandes novedades de la Ley. Después de más de siglo y medio desde que se aprobasen aquellas normas pioneras reguladoras del innovador medio de transporte, a mediados del XIX, desde que comenzase a funcionar el primer ferrocarril en nuestro territorio, admirado con ojos de confusión y entusiasmo por la sociedad decimonónica, tras interesantes cambios jurídicos y organizativos en su haber, ha sido con la Ley del año 2003 cuando por vez primera el legislador aborda una auténtica descripción del elemento físico ferroviario.

---

(9) Sobre el principio de coordinación entre Administraciones territoriales ver NAVARRO PALACIOS, Manuel, *Colaboración y coordinación*, en la obra colectiva VVAA *Desarrollo del principio de colaboración en el Estado de las Autonomías*, VII Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coordinación Carmen CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.

Conviene advertir que la expresión hoy en día familiar, en mayor o menor medida, tanto entre las normas del sector como entre disposiciones diversas de contenido variopinto, es bien reciente. Diferentes denominaciones, protagonizadas por las líneas ferroviarias y los terrenos sobre los que discurrían, han servido para ir acotando mediante fórmulas dispersas los elementos que hoy en día agrupamos bajo la definición de «infraestructura ferroviaria». Las viejas normas, centradas en la regulación de las concesiones de construcción y explotación, irían dando paso de forma puntual a elementos distintos, que junto a las líneas del ferrocarril serían esenciales para su puesta en marcha. Mediante expresiones genéricas, como «*dependencias de las líneas férreas*», el legislador iría considerando el objeto de regulación de aquellas normas sectoriales. Pero no sería hasta una época bien reciente cuando por primera vez la expresión «*infraestructura ferroviaria*» encontrase cabida entre las disposiciones del sector: con el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres en 1990 se presentaría un concepto que si bien tuvo su origen en el Derecho comunitario dos décadas antes, no había sido utilizado aún entre las normas ferroviarias nacionales (10). Pero en aquella ocasión no se ofrecería una descripción clara y concisa del concepto, que sirviese para dilucidar qué se entendía por infraestructura ferroviaria, sino que con ella se identificaban exclusivamente algunos de los componentes físicos de este medio de transporte (11).

Poco a poco el uso del concepto, que recordemos aún seguía sin delimitar, sería acogido por múltiples normas, unas veces ferroviarias y otras no, en las que tenía cabida el ferrocarril como objeto, unas veces de regulación directa y otras por su incidencia en ámbitos heterogéneos (12). Es así como llegamos a la nueva Ley del Sector, y con ella a la regulación en bloque del

---

(10) Fue en la década de los setenta y entre las normas de Derecho Comunitario cuando apareció por primera vez la descripción conceptual de las Infraestructuras Ferroviarias: Reglamento 2598/70, de 18 de diciembre, regulador del contenido de las diferentes partidas de contabilización del Anexo I del Reglamento (CEE) nº 1108/70 del Consejo, de 4 de junio de 1970.

(11) En los años sesenta y setenta, desde la doctrina administrativista se acogerían algunas denominaciones en las que quedaban integrados de forma conjunta los elementos infraestructurales de este medio de transporte: «patrimonio ferroviario» o «patrimonio de RENFE», un concepto que ya se venía utilizando entre las normas sectoriales, como el Estatuto de RENFE aprobado en 1964. Pero no podemos olvidar que nos topamos con una denominación que iría más allá, incluiría más componentes que los estrictamente físicos, puesto que el patrimonio de la Entidad quedaría constituido tanto por los bienes como por los derechos que fueron objeto del rescate de 1941.

(12) Bien por su interés económico a la hora de diseñar los presupuestos públicos; bien al tiempo de acordar los instrumentos de ordenación territorial y urbanística; entre la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones públicas; en la legislación sobre puertos, o en las normas de protección medioambiental (como objeto de preocupación acústica o de medidas de revitalización ferroviaria como la creación de las denominadas «vías verdes»).



elemento físico ferroviario. En palabras del legislador, se tendrá por infraestructura ferroviaria:

«[...] la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción. Entre dichos elementos se encuentran los terrenos, las estaciones, las terminales de carga, las obras civiles, los pasos a nivel, las instalaciones vinculadas a la seguridad, a las telecomunicaciones, a la electrificación, a la señalización de las líneas, al alumbrado y a la transformación y el transporte de la energía eléctrica, sus edificios anexos y cualesquiera otros que reglamentariamente se determinen (artículo 3).»

Una definición descriptiva de los elementos que la integran; una delimitación que se completaría muy pronto a través de sus normas de desarrollo, disposiciones capitaneadas por el Reglamento del Sector Ferroviario aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre (13).

## 1. El diseño de la Red Ferroviaria de Interés General

Otra de las novedades del texto legal, de vinculación íntima y directa con las infraestructuras, ha sido la configuración de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG). Uno de los objetivos más sobresalientes del legislador será sin duda la consecución de un *sistema común de transporte ferroviario*, finalidad sobre la que se diseña la nueva Red (artículo 4 de la LSF). En esta ocasión, y a diferencia del tratamiento que desde la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres se había considerado en torno a la Red Nacional Integrada (RENI), la nueva RFIG agrupará únicamente elementos de carácter físico. Como antesala, y acorde a los principios inspiradores de la Ley de Ordenación de los Transportes de 1987 (14), el legislador quiso en su día destacar entre todas las líneas y servicios de transporte público ferroviario aquellos que bien podían considerarse como parte integrante de una *estructura básica* del sistema general de transporte ferroviario, y cuya explotación conjunta resultaba necesaria para el correcto funcionamiento del *sistema común de transporte terrestre* (artículo 155 de la LOTT). Se reunían bajo una misma denominación elementos infraestructurales y componentes prestacionales. Conforme a la nueva Ley, la Red Ferroviaria de Interés General estará, por el contrario, integrada únicamente por infraestructuras ferroviarias, y en esta ocasión, por aquellas que resulten esenciales para garantizar el *sistema común de trans-*

---

(13) Su aprobación junto a los Estatutos de las entidades públicas protagonistas del sector, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y RENFE-Operadora, impulsaron la puesta en marcha de la Ley del Sector Ferroviario con fecha de 1 de enero de 2005.

*porte ferroviario* en todo el territorio del Estado, o cuya administración conjunta fuese necesario para su correcto funcionamiento.

El legislador consagra varios parámetros que han de servir para identificar qué infraestructuras podrían ser calificadas bajo la denominación de *esenciales* y por ende, incorporadas a esta Red, llamémosla *principal*. Entre otras:

- Las infraestructuras vinculadas a los itinerarios de tráfico internacional.
- Las que enlacen las distintas Comunidades Autónomas, y sus conexiones y accesos a los principales núcleos de población y de transporte.
- Y las que enlacen instalaciones esenciales para la economía o para la defensa nacional.

Circunstancias que nos recuerdan de cerca a las contenidas en la Ley de Carreteras de 1988 (artículo 4.3) (15).

El Estado asume el compromiso de asegurar un sistema común de transporte ferroviario, y ha de hacerlo conforme a los títulos competenciales que el texto constitucional le confiere. No se trata, como ya apuntó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 118/1996, de 27 de junio, de reconocer con ello la potestad del legislador estatal para diseñar una regulación ferroviaria que fuese común y homogénea al Estado y a las Comunidades Autónomas, puesto que aquéllas podían asumir competencias sobre los ferrocarriles intra-comunitarios (art. 148.1. 5º), sino de evocar un principio fundamental que ha de inspirar la organización y funcionamiento del sistema ferroviario. El componente económico de los transportes es un hecho evidente, su conexión con principios generales como la unidad de la Nación, la igualdad de todos los

---

(14) En torno a la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres encontramos interesantes reflexiones del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en su estudio *Transportes*, integrado en la obra *Derecho Administrativo Económico*, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, edit. La Ley, Madrid, 1988-1991, pp. 785 y ss.

(15) Artículo 4.3 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras:

[...] A efectos de lo establecido en el punto 2.2 de este artículo, se consideran itinerarios de interés general aquellos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Formar parte de los principales itinerarios de tráfico internacional, incluidos en los correspondientes convenios.
2. Constituir el acceso a un puerto o aeropuerto de interés general.
3. Servir de acceso a los principales pasos fronterizos.
4. Enlazar las Comunidades Autónomas, conectando los principales núcleos de población del territorio del Estado de manera que formen una red continua que soporte regularmente un tráfico de largo recorrido. [...].

españoles en derechos y deberes, o el ejercicio de libertades fundamentales como la libertad de circulación (tanto de bienes como de personas), o la unidad de mercado, reivindican en sí mismos la proclamación de un sistema común de transporte, en nuestro caso, ferroviario. La configuración de una Red Ferroviaria, denominada ahora como de Interés General por el legislador, se presentaría como garantía real sobre la que se materializarían aquellos principios generales, lejos de cualquier afán por extraer del campo competencial autonómico parcelas de dominio. La redacción del propio artículo 4.1 de la Ley es inequívoca: a la hora de describir qué infraestructuras, qué líneas ferroviarias formarían parte de la RFIG, se puede observar como objetivo principal el de la salvaguarda de auténticos intereses generales, que son a fin de cuentas los que el Estado ha de proteger (sin perjuicio de no obstaculizar el resto de intereses personificados en terceras Administraciones).

En esta ocasión, y a diferencia de la normativa precedente, corresponde al Ministerio de Fomento determinar las infraestructuras que han de formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General (una facultad delegada a favor de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación —ORDEN FOM/2893/2005, de 14 de septiembre, por la que se delegan competencias en materia ferroviaria—, *BOE núm. 224 de 19 de septiembre de 2005*) (16). Una toma de decisión que pondrá en juego fórmulas de cooperación interadministrativas: bien a través de la técnica del informe, bien del consentimiento previo de aquellas Administraciones públicas cuyos intereses pudieran verse afectados (siendo necesario éste último cuando las infraestructuras ferroviarias discurran íntegramente por el territorio de una sola Comunidad Autónoma y sin conexión con el resto de la Red; piénsese, por ejemplo, en infraestructuras catalogadas de esenciales para la defensa nacional o para la economía, como ya apuntamos en líneas previas). Nos podemos encontrar con infraestructuras preexistentes o bien de nueva construcción; supuesto este último en el que será necesario la aprobación inicial de un estudio informativo en cuya elaboración se dará entrada tanto a Administraciones locales como autonómicas, así como paso a la correspondiente tramitación pública (artículo 5 de la LSF). Aunque

---

(16) Con anterioridad, la descripción y acuerdo de las líneas y servicios de la Red Nacional Integrada correspondía al Gobierno (artículo 155 de la LOTT). En la nueva Ley el protagonismo del Ministerio de Fomento es más acusado en la toma de decisiones relacionadas con la política ferroviaria (muestras de ello pueden apreciarse a lo largo de todo el texto legal, aunque resulta ciertamente significativa la redacción de su Título VI). En contadas ocasiones será necesaria la actuación conjunta del Gobierno: a la hora de declarar determinados servicios ferroviarios de *interés público* (artículos 53 y 54 de la LSF); aceptar la participación del Estado en organizaciones internacionales ferroviarias; así como en la fijación de fechas del calendario de apertura del mercado, sin perjuicio de una habilitación generalizada que el legislador confiere al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y cumplimiento de lo dispuesto en la Ley sectorial (Disposición final primera).

el legislador no especifica el tipo de vinculación de tales actuaciones preceptivas por las Administraciones públicas cuyos intereses pudieran verse afectados, de una interpretación conjunta de los artículos 4 y 5 de la Ley, considero que en los supuestos en los que se trate de infraestructuras que discurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma no sería vinculante, mientras que si estamos ante infraestructuras ferroviarias situadas íntegramente en el territorio de una única Comunidad Autónoma, aquélla debería emitir su consentimiento, por ende, un informe favorable a la propuesta elevada desde el Ministerio de Fomento (17).

Pero la Ley no podía entrar en vigor sin que se determinase qué infraestructuras ferroviarias integrarían la nueva Red Ferroviaria. A través de la Disposición Adicional novena el legislador dispondría que todas las infraestructuras ferroviarias que en esa fecha estuviesen siendo administradas por RENFE, por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), por las Autoridades Portuarias correspondientes en los Puertos de Interés General, así como la red de ancho métrico de titularidad del Estado y administrada por FEVE, pasarían a integrar la nueva RFIG (18). Se alcanza así la fecha de uno de enero de 2005, punto de partida del nuevo modelo ferroviario, momento desde el que comienzan a funcionar las piezas del juego ferroviario sobre un tablero preestablecido por el legislador (Ver Anexo I).

---

(17) En este punto quisiera dejar apuntado para próximas reflexiones las consideraciones que en su día el Tribunal Constitucional declaró en la Sentencia 118/1996, de 27 de junio, sobre los informes de las CCAA cuando se tratase de líneas que discurriesen por el territorio de más de una Comunidad Autónoma. En aquella ocasión el Alto Tribunal afirmó que en tales supuestos el Estado no necesitaría ni siquiera el informe previo de las Administraciones autonómicas sobre las que se situarían las obras infraestructurales, por cuanto la Administración General del Estado estaría actuando dentro del ámbito de acción de sus competencias exclusivas (artículo 149.1.21 de la Constitución) (Fundamento Jurídico 44). Una postura en la que el Tribunal quizá olvidase la incidencia de tales obras de proyección física sobre márgenes competenciales de titularidad de terceras Administraciones, como la ordenación del territorio, por cuyos intereses deben velar. Realidades en las que es necesario acudir a fórmulas de cooperación en aras a respetar en todo momento las respectivas competencias (STC 77/1984, de 3 de julio, y en relación con el sector portuario y aeroportuario en las Sentencias 40/1998, de 19 de febrero y STC 204/2002, de 31 de octubre, respectivamente).

(18) Una solución que resulta familiar para los estudiosos del sector, por cuanto fue la misma opción elegida por el legislador en 1987 al tiempo de aprobar la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Disposición Transitoria octava), aunque en aquella ocasión se limita a mencionar los servicios de la Red Nacional Integrada, circunstancia que no impedía su extensión al elemento físico, conforme al principio de unidad de explotación camino/vehículo proclamado aún en el sector ferroviario.

## 2. Instrumentos de planificación. El Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte y los planes sectoriales: Plan Sectorial de Ferrocarriles 2005-2012

Las nuevas directrices de la política ferroviaria en nuestro país han llevado, conforme a las previstas en el Derecho comunitario, a mantener la titularidad pública sobre las grandes infraestructuras de este medio de transporte, sin perjuicio del espacio reservado a las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada (artículos 37 y 38 de la LSF) (19). La apertura del mercado a la competencia en condiciones de igualdad, transparencia, no discriminación y seguridad suficientes, exigen el compromiso de los Poderes públicos competentes de diseñar un marco físico capaz de soportar sus nuevas peculiaridades. Es así como de nuevo el legislador acude a la actuación planificadora de las Administraciones públicas sobre el sector ferroviario; y no solo será respecto de las infraestructuras, sino que además, se prevé como objeto de los futuros planes sectoriales, decisiones relacionadas directamente con los servicios de ferrocarril (20). No se siguen los mismos criterios elegidos por el legislador a la hora de redactar otras leyes principales de sectores liberalizados como el sector eléctrico o el sector de los hidrocarburos; a diferencia de estas normas, en ningún momento en la Ley del Sector ferroviario se habla de una planificación acotada o de una planificación indicativa (como así se presenta

---

(19) «[...] conviene que los Estados miembros asuman la responsabilidad del desarrollo de la infraestructura ferroviaria apropiada [...]». – Considerando de la Directiva 91/4440/CEE del Consejo de 29 de julio». Sobre las infraestructuras privadas ver María Isabel RIVAS CASTILLO, *Infraestructuras ferroviarias de titularidad privada* en la obra colectiva *El régimen jurídico del Sector ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, ob. cit., pp. 523-538.

(20) Desde las primeras normas del sector ferroviario se viene aplicando la técnica de la planificación en el diseño y materialización de las políticas de transporte. Aunque en el proyecto de Ley ferroviaria presentado en Cortes el 24 de febrero de 1848 ya se incluía el primer Plan General de ferrocarriles en nuestro país, estamos ante una propuesta que por circunstancias políticas no llegó a debatirse en Cortes, teniendo que esperar a la Ley General Ferroviaria de 1877 para consagrar aquél deseo. Una opción elegida tanto desde las normas generales reguladoras de las obras públicas como desde las normas especiales, en las que se incluían las relativas al transporte por ferrocarril. En el art. 20 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de junio de 1877, se contempla la necesidad de diseñar planes generales de obras públicas. Igualmente, entre las normas especiales de sectores como carreteras y ferrocarril, se incorporaron como mecanismos de ordenación el diseño de los correspondientes Planes, una realidad que se ha mantenido hasta la fecha actual: artículo 7 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y artículo 1 de la Ley de Carreteras de 1988. En relación a la figura del Plan ver Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966. Sobre el sector viario encontraremos interesantes reflexiones de manos de la profesora Eloisa CARBONELL PORRAS en *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, AGISA, Madrid, 1993.

desde sus respectivas Exposiciones de Motivos y articulado: art. 4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico y art. 4 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos). Corresponde al Ministerio de Fomento, oídas las Comunidades Autónomas afectadas, entre otras: la planificación del sector, de las infraestructuras y los servicios ferroviarios de competencia estatal, así como la ordenación general y la regulación del sistema, entendiendo por este último como la capacidad para fijar reglas básicas del mercado ferroviario y elaboración de la normativa que sea necesaria para su correcto desenvolvimiento (artículo 81 de la LSF).

Como ya ocurriese en 1987 con el Plan de Transporte Ferroviario, así como años después con la aprobación del Plan Director de Infraestructuras (1993), entre cuyo contenido se incluyó una interesante apuesta por el ferrocarril, en los dos últimos años y en el marco normativo de la Ley del Sector Ferroviario, la Administración General del Estado ha elaborado un nuevo Plan de acción que afecta de lleno al ferrocarril. Desde una programación conjunta y «estratégica» sobre el elemento físico de los transportes se presenta el Plan Estratégico de las Infraestructuras del Transporte (PEIT). Sobre objetivos centrales de política económica y social, se diseña este Plan de Infraestructuras para el periodo 2005/2012; con el propósito de impulsar la competitividad y el desarrollo económico, así como mejorar la cohesión social y territorial (21). Respecto al ferrocarril las pretensiones se centran en su modernización, conseguir su interoperabilidad con la red europea, impulsar el tráfico mixto en las nuevas líneas de alta velocidad y potenciar la intermodalidad, para mejorar la eficacia y la calidad de los servicios de transporte (22).

Para el desarrollo del PEIT se prevé la elaboración de un conjunto de Planes Sectoriales, entre los cuales no podía faltar el relativo al ferrocarril; de esta forma, en el año 2006 comenzaron los trabajos de redacción del Plan Sectorial de Ferrocarriles, coordinado por la Dirección General de Ferrocarriles, y con la colaboración de ADIF, RENFE-operadora y FEVE. Un instrumento vertebrador en el desarrollo de la planificación ferroviaria. Ya preparado,

---

(21) A partir de la década de los 70, tanto la Comunidad Europea como otras Instituciones y Organismos supranacionales comienzan a mostrar una clara preocupación por los problemas medioambientales, la cohesión económica y social, y el desarrollo regional, que empezaban a constituir una amenaza real para la sociedad, Rafael IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ en *Transporte, sostenibilidad social y sostenibilidad energética*, en Jornadas sobre desarrollo sostenido y sostenible, Fundación Iberdrola, Madrid, diciembre 2002.

(22) Sobre la intermodalidad ver BOUAZZA ARIÑO, Omar y RIVAS CASTILLO, María Isabel, *La intermodalidad en el transporte: un impulso comunitario que involucra a las Administraciones estatal y autonómica*, en Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente, Tomo II, edit. Publicacions de la Universitat Jaume I – Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2007, pp. 1407 a 1433.

actualmente se encuentra en tramitación ambiental, en aplicación de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Conforme a las directrices del PEIT el Plan Sectorial de Ferrocarriles incluirá diversos programas de inversión en infraestructuras e instalaciones: corredores de altas prestaciones; interoperabilidad de la red convencional; seguridad y mantenimiento de la red, y la integración ambiental del ferrocarril (23). Junto a ellas, deberá incorporar aspectos íntimamente relacionados con el componente prestacional: así sobre la planificación estratégica de las empresas públicas ferroviarias, o prever un esquema futuro de la oferta de servicios ferroviarios de viajeros y mercancías, así como la definición de maniobras de oferta de los operadores.

Pero aquél no será el único instrumento de planificación relativo al sector ferroviario elaborado en los últimos tiempos. Con carácter urgente se han presentado otros instrumentos al efecto, tales como el Plan de Seguridad de Pasos a Nivel, los Planes Estratégicos de ADIF, RENFE-operadora y FEVE, y el Plan estratégico de seguridad de RENFE-operadora.

---

(23) Es notable la preocupación generalizada de los Poderes públicos por el impacto medioambiental de los diferentes medios de transporte; un problema que ha de ser atacado desde diferentes frentes, y una realidad que es responsabilidad de todas las Administraciones públicas involucradas. Una de las últimas acciones comunitarias con este fin ha sido la puesta en marcha desde la Comisión de dos estudios que abordan directamente la cuestión del transporte sostenible. El primero de ellos, «Transporte y medio ambiente: un análisis integrado» (TRAENVIA), en el que participa España, se centrará en el Corredor Transeuropeo V ampliado —que discurre entre Lisboa y Kiev—, para evaluar y comparar el impacto medioambiental y socioeconómico de los distintos modos de transporte. El segundo aportará soluciones para reducir las emisiones y partículas atmosféricas en la región italiana de Lombardía. No en vano nos encontramos ante un sector, el de los transportes en su dimensión global, en el que se produce casi la tercera parte de todas las sustancias tóxicas y del CO<sub>2</sub> emitido a la atmósfera (en edición impresa del servicio digital de información de la Unión Europea —Aquí Europa— núm. 2483, de 21 de marzo de 2007). A principios del mes de noviembre ya se ha anunciado desde la Comisión Europea que Las políticas comunitarias de energía, cambio climático y transporte deberán entrelazarse durante los próximos meses para que la Unión Europea pueda cumplir con los objetivos marcados. El año 2008 comenzará con una propuesta de Libro Blanco relativa a la necesaria adaptación al impacto del cambio climático de los Estados miembros en todos los sectores. La Comisión Europea se ha propuesto prestar particular atención a las medidas que conduzcan a «hacer más verde» el sector del transporte. En materia ferroviaria, esta Institución propondrá además interesantes cambios, entre los que se incluyen propuestas legislativas de modificación de las normas vigentes (especialmente las directivas 91/440/CEE y 2001/14/CE). Todo ello con la meta política de contribuir al cumplimiento de los objetivos de Lisboa y simplificar los textos existentes.

### **3. El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. A) Ejecución progresiva de objetivos. B) La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte (SEITT)**

Con la Ley 39/2003 aparecerán en la escena ferroviaria nuevos protagonistas, personajes entre los que hay que destacar al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF). De acuerdo con las directrices de Derecho comunitario, en la conquista del nuevo modelo ferroviario sería necesaria la separación entre la gestión de las infraestructuras ferroviarias y la explotación de los servicios de transporte; obligatoria la separación contable quedando bajo criterios de voluntad de cada Estado miembro la disociación orgánica e institucional (24).

#### **A) La ejecución progresiva de objetivos**

Durante varios años, y a golpe de cambios puntuales en la normativa sectorial, se han ido acogiendo diversas medidas de política ferroviaria en este sentido. La primera se ellas vino de la mano del Estatuto de RENFE, cuando en 1994 fue aprobado un nuevo marco interno de actuación, un nuevo escenario en el que la empresa pública ferroviaria se estructuraría en diversas unidades orgánicas (25). Este nuevo esquema organizativo a través de sus unidades operativas y corporativas (las primeras destinadas a desarrollar funciones relativas a la gestión de los servicios de transporte, de infraestructuras y tracción, y las corporativas configuradas para apoyar, dirigir y coordinar las actividades de las unidades operativas) favorecería la especialización en la gestión, mejorando la calidad de los servicios, y la identificación de los ingresos y gastos de cada una de las unidades, medidas todas ellas encaminadas al saneamiento financiero. A pesar de aquella subdivisión de RENFE en Unidades de Negocio, el legislador estatal crearía en 1996 un nuevo ente *ad hoc*, al que se le encomendarían funciones de construcción y

---

(24) Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio.

(25) Al respecto, hay quienes han considerado durante años que no podía hablarse de una auténtica separación contable sin que se diese además, la separación orgánica; en este sentido, ver Diego LÓPEZ GARRIDO, en *La liberalización del transporte ferroviario*, Revista de Administración Pública, núm. 132, 1993, p. 420 y ss. De ahí que las unidades de negocio en las que se estructuraba RENFE desde mediados de los noventa, representarían únicamente una opción intermedia y de primera fase, augurando la necesidad de una verdadera división orgánica en empresas independientes, encargadas por un lado de la gestión de la infraestructura y por otro, de los servicios. Entre las nuevas unidades no podían faltar las relacionadas con las infraestructuras como la Unidad de Negocio de Mantenimiento de Infraestructuras, la Unidad de estaciones comerciales, o la Unidad de Negocio de Terminales de Mercancías, ésta última creada apenas unos meses antes de la desaparición de RENFE.



administración de las infraestructuras ferroviarias. Pero el Gestor de Infraestructuras (GIF) no acogería en bloque las funciones de gestión sobre la totalidad de las infraestructuras del ferrocarril, sino que únicamente se encargaría de la construcción y administración de las que le fuesen encomendadas por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Fomento (26).

Con la nueva Ley del Sector Ferroviario la entidad pública empresarial RENFE pasa a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), y desaparece el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias, subrogándose el nuevo Ente en todos sus derechos y obligaciones (Disposición Adicional 1ª y 2ª de la LSF). El ADIF es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, y se regirá por lo establecido en la Ley del Sector Ferroviario, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, por su propio Estatuto (aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre), así como por las demás normas que le sean de aplicación (27).

---

(26) La primera de las líneas que le fue asignada, fue la Línea de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, cuya construcción y administración fueron atribuidas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 1997. La segunda de ellas correspondía al corredor Norte-Noreste; exactamente la línea Madrid-Segovia-Valladolid /Medina del Campo. En esta ocasión primero fueron atribuidas las funciones de construcción (por acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1998), y en apenas un año, las funciones de gestión y administración, por Acuerdo de 31 de julio de 1999. Se trata de la obra de ingeniería más grande de las efectuadas en nuestro país lo que se traduce en el posicionamiento de España a la cabeza de las infraestructuras mundiales (es el 5º túnel más largo del mundo). Un elemento esencial que dará el pistoletazo de salida para las líneas de alta velocidad que une el centro de nuestro país con las zonas norte y noroeste. Con fecha de 31 de julio de 1999, el Consejo de Ministros acordó la construcción y la administración por el GIF del acceso Málaga-Córdoba. El 17 de septiembre también de 1999, el Consejo de Ministros atribuyó la construcción y administración de la línea Madrid-Castilla la Mancha-Comunidad Valenciana-Murcia. El acceso de alta velocidad a la ciudad de Toledo fue acordado con fecha de 3 de agosto de 2001 (construcción y administración). Poco a poco se fueron ampliando aquellas adjudicaciones, o matizando en alguno de los casos, como en el supuesto de la línea Madrid-Zaragoza-Barcelona cuya administración pasó a ser encomendada a RENFE tras las irregularidades acaecidas durante las obras de construcción llevadas a cabo por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias en el otoño del año 2002.

(27) La configuración del ADIF como entidad pública empresarial, de las reguladas en el artículo 43.1.b) y artículos 53 y siguientes de la LOFAGE, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina administrativista; no en vano se trata de una empresa cuyas funciones principales serían las de la construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias, un tanto lejanas a aquellas otras referidas en el artículo 53.1 de la Ley 6/1997, «gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación»: ver Eloisa CARBONELL PORRAS en *La entidad pública empresarial «administrador de infraestructuras ferroviarias»* (ADIF), en la obra colectiva *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, ob. cit., pp. 221 a 225.

Su objeto principal es la administración y construcción de infraestructuras ferroviarias. Desde el texto de la Ley se describe la función de administración como un *servicio de interés general y esencial para la comunidad*, que entraña el *mantenimiento y la explotación de las infraestructuras ferroviarias, así como la gestión de su sistema de control, de circulación y seguridad* (artículo 19 de la LSF). En esta ocasión, y tomando como precedente la normativa reguladora del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (véase su Estatuto aprobado por Real Decreto 618/1997), el legislador ha conformado como actividades integrantes de la función principal de *administrar las infraestructuras*, únicamente las relativas al mantenimiento, explotación y gestión de sus sistemas de seguridad y control, concediendo autonomía a la función de construcción. Una opción dispar respecto a la reflejada en las disposiciones que regulaban la actuación de RENFE, entre cuyas normas estatutarias se incluirían bajo el paraguas funcional de la administración, tanto a las acciones de mantenimiento y explotación de las infraestructuras como a las relativas a su construcción. El tratamiento que el legislador concede a la administración y a la construcción de las infraestructuras, llevaría a cuestionarnos si realmente la función de construcción no representaría un auténtico servicio de interés general y esencial para la Comunidad, teniendo en cuenta además que dicha catalogación será considerada también respecto al transporte ferroviario. El ADIF administra la casi totalidad de la red ferroviaria de interés general (RFIG). Actualmente, lo hace en régimen comercial sobre las nuevas líneas de alta velocidad y ancho internacional (UIC —1.435 m—): Madrid-Sevilla, con el ramal de acceso a Toledo; Córdoba-Málaga, del corredor de Andalucía; Madrid-Segovia-Valladolid; Madrid-Zaragoza-Huesca; Madrid-Zaragoza-Lleida-Camp de Tarragona, correspondiente a la Línea de Alta Velocidad (LAV) Madrid-Barcelona-Frontera Francesa; y por encomienda del Estado, la red convencional de ancho ibérico (—1.676 m—, con un total de 11.780 Km) (28).

---

(28) El 16 de febrero de 2007 se firmó el primer Contrato-programa entre el ADIF y la Administración General del Estado para el periodo 2007-2010, conforme a las directrices de la nueva normativa (ver artículo 22 de la LSF y art. 42 del Reglamento sectorial). Hasta ese momento las relaciones entre ellos se habían regulado a través de dos convenios, correspondientes a los años 2005 y 2006. El ámbito de aplicación del Contrato-programa es la red ferroviaria de titularidad estatal administrada por el ADIF e integrada en la RFIG. En este documento se incluyen las obligaciones y compromisos relativos a la administración de la red, así como a la ejecución de inversiones que el Ministerio de Fomento irá encomendando al Administrador tanto sobre la red convencional como sobre la de altas prestaciones de las que es titular (encomienda que se irá efectuando mediante resoluciones de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, previa autorización del Consejo de Ministros). Inversiones correspondientes a las terminales de mercancías, a la red y estaciones de cercanías, actuaciones para la mejora de la seguridad y la funcionalidad de la red (como la supresión de pasos a nivel), así como otras relativas a los ejes de altas prestaciones de la red de titularidad estatal, entre las que se incluyen las relativas a la línea de alta velocidad Madrid-Galicia (concretamente la construcción del tramo Orense-Santiago de Compostela). El

El ADIF es además responsable de la construcción de nuevas líneas por encargo del Estado, ya sean de su titularidad, financiadas con sus propios recursos, o de titularidad del Estado, con recursos presupuestarios. En la actualidad, se encuentran en fase de construcción o/y pruebas los tramos Camp de Tarragona-Barcelona y Barcelona-Figueras de la línea Madrid-Barcelona-Frontera francesa; las líneas del corredor Madrid-Comunidad Valenciana-Murcia; los túneles de Pajares; y el tramo Orense-Santiago del corredor Noroeste (29).

## **B) La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte (SEITT)**

Al hilo de las reflexiones sobre administración y construcción de infraestructuras ferroviarias, y con el propósito de ofrecer una visión de conjunto desde el momento actual, no podía olvidarme de una nueva empresa creada al amparo del Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte de julio de 2005: la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, Sociedad Anónima: la SEITT.

Se trata de un nuevo ente público dependiente del Ministerio de Fomento que se creó en el otoño de 2005 y que tiene entre sus principales objetivos la realización de proyectos, la construcción, conservación, explotación y promoción de las infraestructuras de transporte, carreteras y ferrocarril de titularidad estatal por cuenta de la Administración General del Estado, que le sean encomendadas (30). Podrá realizar convenios de colaboración con otras Administraciones Públicas, así como con entidades que dependan de aquéllas, en ejercicio de la competencia que les corresponda en materia de infraestructuras del transporte terrestre (entre ellas, las ferroviarias). Una sociedad mercantil pensada además para agilizar los trámites que requiere toda obra pública hasta ser licitada (31). Para el desarrollo de las actividades para la que ha sido concebida, la entidad sitúa entre sus propósitos principales la búsqueda de fórmulas nuevas de participación de capital privado en la financiación de grandes obras de infraestructura.

---

desarrollo del contrato-programa será supervisado por una *Comisión de Seguimiento ad hoc*, conformada por representantes de los Ministerios de Fomento, de Economía y Hacienda y por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias.

(29) Datos del mes de diciembre de 2007.

(30) La SEITT, SA, se constituyó mediante escritura pública otorgada el 30 de noviembre de 2005, e inscrita en el Registro Mercantil el 22 de diciembre de ese mismo año, con un capital inicial de 500 millones de euros.

(31) Un objetivo de simplificación en el ámbito de la gestión contractual que hoy resulta generalizado a través de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre).

Consciente de que los presupuestos de inversión pública cada vez están más sujetos a las reglas del *déficit cero*, el legislador consideró directamente entre las disposiciones de la Ley del Sector Ferroviario la posibilidad de que el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, responsable de la administración y construcción de las infraestructuras, acudiese a fórmulas que incentivasen la financiación privada en tales cometidos. En esta línea, se situó en el nuevo contrato de concesión de obras públicas el mejor modelo para ello (Ley 13/2003, de 23 de mayo) (art. 22.5 de la LSF). Aunque, desde una perspectiva crítica, quizá la redacción ofrecida desde la Ley sectorial no fuese la más idónea, por cuanto considera objeto del contrato de concesión de obras públicas a «[...] *la construcción o administración de infraestructuras ferroviarias*», siendo más apropiado hablar de «*construcción y administración o solo administración de las infraestructuras del ferrocarril*» (32).

Ha sido principalmente sobre estos objetivos, entre propósitos de estimulación de la iniciativa privada en el sector de las obras públicas, y de agilización de los trámites administrativos en los procesos de licitación y adjudicación de este tipo de obras, la forma en la que tuvo su presentación en la escena del transporte la nueva Sociedad Estatal (SEITT). De esta forma, nos encontramos con unas infraestructuras ferroviarias de titularidad del Estado, que habrán sido construidas y serán administradas por el ADIF y otras, en cambio, por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (33).

---

(32) Véase el artículo 22 de la LSF:

«[...] 5. El administrador de infraestructuras ferroviarias podrá realizar la construcción o administración de infraestructuras ferroviarias mediante la celebración del oportuno contrato de concesión de obras públicas, que se regirá por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las especificaciones previstas en la presente Ley. En este caso, el administrador de infraestructuras ferroviarias será responsable del resultado de la actividad que realice el concesionario.

En el pliego de cláusulas administrativas que rija el contrato podrá preverse que el concesionario sea retribuido por la ejecución de la obra mediante el precio que abonen los usuarios por la utilización de las infraestructuras, por los rendimientos procedentes de la explotación de las zonas comerciales vinculadas a ellas o por la realización de actividades complementarias como el aprovechamiento de establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, aparcamientos de vehículos o establecimientos de ocio o recreo y, en su caso, mediante las aportaciones que pueda realizar el propio administrador de infraestructuras ferroviarias.»

(33) Sin perjuicio de que hoy en día es RENFE Operadora la encargada de la gestión integrada y de la administración de las estaciones de cercanías, por encomienda del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, de acuerdo al Convenio celebrado entre las dos entidades (Resolución de 26 de enero de 2006, de la Secretaría General de Infraestructuras, por la que se dispone la publicación del Convenio de encomienda referido).

### III. GARANTÍAS DE ACCESO Y LA DECLARACIÓN SOBRE LA RED: REQUISITOS PREVIOS PARA INSTAURAR LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FERROVIARIO

En los diferentes sectores que se sirven de infraestructuras en red, como el ferroviario, en los que durante décadas se ha dado cita un operador dominante en el ámbito prestacional, que además era titular del componente físico, se ha acudido en los últimos tiempos al diseño de principios como el *derecho de acceso*, en vistas de abrir ese mercado a una pluralidad de agentes. Un derecho a acceder a la infraestructura a favor de los nuevos operadores, que se convierte en un requisito imprescindible entre los «sectores económicos» caracterizados por un escenario monopolístico, pero que en los últimos tiempos se han visto afectados por el fenómeno de la liberalización (34). Las restricciones en el acceso a la infraestructura se traducirían en auténticas barreras para la prestación de estos servicios, unas actividades abiertas ahora a las reglas de mercado.

En el nuevo modelo ferroviario, el Estado asume la responsabilidad sobre el desarrollo, construcción y administración de la infraestructura; el componente físico ferroviario es de competencia pública, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros sectores como las telecomunicaciones o el sector eléctrico. La presencia de una única infraestructura y la pretensión de conceder pluralidad al elemento subjetivo, nos ha llevado a acudir a principios de ordenación entre los que se da cita el denominado *derecho de acceso a la infraestructura* ferroviaria; un principio que actuará como ingrediente de conciliación en grado máximo entre las normas reguladoras de los servicios sometidos al juego del libre mercado, y el mantenimiento del monopolio en relación a sus infraestructuras.

Pero las infraestructuras ferroviarias tienen una capacidad limitada, y su uso deberá ser regulado si pretendemos conseguir un sector verdaderamente competitivo en la prestación de los servicios ferroviarios, y que la apertura del mercado sea un hecho y no una mera intención. En esta línea, el legislador es consciente de la necesidad de garantizar el acceso a la infraestructura ferroviaria respetando en todo momento los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (art. 2, letra h de la Ley del Sec-

---

(34) En relación al fenómeno de la liberalización, y concretamente en el ámbito de los transportes, resultan interesantes las reflexiones realizadas a finales de los noventa y presentadas en el estudio elaborado por los profesores Isabel DE LOS MOZOS TOUYA y Jose Antonio GARCÍA DE COCA, *Liberalización del transporte en España. Alcance y expectativas*, en *Privatización y liberalización de servicios*, obra colectiva dirigida por el profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ, Universidad Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

tor Ferroviario). Fue así, cómo desde instancias comunitarias se diseñaron diversos instrumentos con el fin de conseguir que la adjudicación de capacidad de infraestructura disponible en un momento determinado, se llevase a cabo sobre la base de tales principios (35). Entre aquellas normas de Derecho derivado del primer paquete ferroviario, en su reforma de 2001, se incluirían las relativas al procedimiento de adjudicación de capacidad, sin duda imprescindible, al sistema de fijación de precios por su uso (cánones por la utilización de las infraestructuras), y certificados de seguridad, circunstancias todas ellas que se incluirían en la nueva «Declaración sobre la red» (*Network Statement*). Un documento con el que el administrador de infraestructuras ferroviarias dejaría constancia de forma detallada de las características de la red, de la capacidad de cada tramo, de las condiciones de acceso, así como de los procedimientos y criterios de adjudicación de la infraestructura; una herramienta con la que se daba a conocer públicamente a los operadores potenciales las condiciones del «campo de batalla» sobre el que se desarrollarían posteriormente las actividades de transporte ferroviario (Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero).

Siguiendo los parámetros de Derecho comunitario, la Ley del Sector Ferroviario incluiría entre sus disposiciones la Declaración de la red (artículo 29). Directrices que han sido completadas a través del Reglamento de desarrollo del sector Ferroviario, y principalmente mediante Orden del Ministerio de Fomento 897/2005, de 7 de abril (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2005). En marzo del año 2007 se presentó por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, como entidad facultada al efecto, la actualización de la Declaración sobre la Red, una adaptación del contenido de las ediciones anteriores (2005 y 2006) al modelo común presentado con fecha de 30 de marzo de 2006 por la organización europea de administradores de infraestructuras (*Rail Net Europe —RNE—*).

---

(35) Artículos 3 y 10.1 de la Directiva 95/19, ya derogada, y Directiva 2001/14/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero. Principios de los que se ha hecho eco la nueva regulación ad hoc: tanto en la LSF, como en su Reglamento de desarrollo, así como en la Orden ministerial sobre la declaración sobre la red y adjudicación de capacidad (aprobada por el Ministerio de Fomento con fecha de 7 de abril de 2005), se instituyen como esenciales a la hora de acordar, determinar y garantizar el acceso a la Red Ferroviaria de Interés General (artículo 2 letra h) de la LSF, art. 46 del RSF y art. 15 de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril).

#### **IV. DATOS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN EN EL SECTOR: NUEVAS EMPRESAS CON VOCACIÓN FERROVIARIA**

Una de las consecuencias inmediatas de la aceptación de principios de liberalización en el sector ferroviario, en el sentido de introducir competencia en los servicios ferroviarios (lo que sería una liberalización parcial y progresiva del sector), ha sido la necesaria configuración de fórmulas jurídicas que garantizaran la aceptación de nuevos operadores en un ámbito hasta ese momento monopolizado, sin detrimento de otros intereses que se dan cita en el sector. Intereses de la generalidad que reivindicarán la presencia de las Administraciones públicas, y cuyo grado de intervención vendrá delimitado desde las nuevas normas sectoriales. Una nueva regulación para un nuevo ferrocarril.

Desde una perspectiva de mercado, los servicios ferroviarios son en sí mismas actividades económicas (estamos ante una actividad de transporte), pero no podemos negar que construir en un espacio geográfico concreto una red ferroviaria eficiente, y prestar sobre ella unos servicios en condiciones de calidad y seguridad, se traducirá en parámetros económicos y sociales. Aumentará la fluidez en las relaciones de la masa social de un lugar a otro, valores como el empleo se verán alterados (incrementa la disponibilidad de la población para desplazarse), decisiones de localización industrial podrán verse afectadas, en definitiva, la distancia geográfica y física entre dos puntos «desaparece», y sus efectos negativos se minimizan. Criterios que han sido tenidos en cuenta por el legislador a la hora de regular el sector ferroviario. Se consagra un escenario en el que deben convivir condiciones de competencia, que instarán a terceros operadores a participar en él, con normas de intervención pública puesta la vista en asegurar su correcto funcionamiento.

Centrándonos en su aspecto prestacional, el transporte ferroviario ha sido calificado como un servicio de interés general y esencial para la Comunidad (artículo 42 de la LSF), sin perjuicio de aquellos otros servicios de transporte que adquieran la condición de servicios de interés público (por acuerdo del Consejo de Ministros y siempre que reúnan condiciones de oportunidad —artículos 53 y 54 de la Ley—). Se abandona la vieja categorización de aquél como servicio público, pero el propósito de introducir competencia en el sector no podía hacerse a cualquier precio. La actuación pública en un marco de monopolio a través de medios de explotación directos o indirectos (concesiones), deja paso ahora a una nueva actuación desde las Administraciones públicas; actividad que encuentra en títulos de intervención como las licencias y autorizaciones su mejor exponente. Las empresas que deseen participar en el mercado del transporte por ferrocarril deberán contar previamente con la licencia (como empresa ferroviaria), o habilitación oportuna, con un

certificado de seguridad (que garantice la prestación de los servicios en condiciones de seguridad suficientes), y con la capacidad de red para la puesta en marcha de sus actividades (36). Un modelo en cuyo diseño se han incorporado, como vemos, diversos métodos de intervención pública (37).

Desde que se aprobase la nueva Ley del sector varias han sido las empresas interesadas en conseguir primero su condición como empresa ferroviaria (licencia), o el título de habilitación oportuno, así como el certificado de seguridad exigido para presentar la solicitud de capacidad de infraestructura, y con ella, lograr su uso mediante la prestación real de servicios de transporte ferroviario de mercancías. Todo un desfile de solicitudes ante el Ministerio de Fomento se ha sucedido a lo largo de estos tres años desde la entrada en vigor de la nueva Ley del Sector Ferroviario, el uno de enero del año 2005. Veamos en el siguiente cuadro cuál es la situación actual (38):

---

(36) Será condición sine qua non para participar en el sector la previa adjudicación de surcos o franjas horarias sobre la infraestructura ferroviaria, adjudicación que podrán solicitar las empresas que previamente tengan la categoría de empresas ferroviarias, así como otros candidatos. Los agentes de transporte, cargadores y operadores de transporte combinado que, sin tener la consideración de empresas ferroviarias, y estén interesados en la explotación de un servicio ferroviario podrán igualmente solicitar capacidad de red (art. 31 de la LSF); en esta línea se sitúan además las agrupaciones empresariales internacionales constituidas por las empresas con licencia, y las Administraciones Públicas con competencia en materia de transporte.

(37) Como regla general, las licencias y certificados de seguridad serán otorgadas por el Ministerio de Fomento, mientras que la adjudicación de capacidad de infraestructura será competencia del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. Hoy en día el otorgamiento del certificado de seguridad se efectúa a través de la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento, conforme a las disposiciones de la LSF y del Reglamento sobre seguridad en la circulación de la RFIG (RD 810/2007, de 22 de junio), pero durante estos tres años ha sido el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias quien se encargaba de tales cometidos (Disposición Transitoria segunda del Reglamento del Sector Ferroviario).

(38) Datos a fecha de 31 de enero de 2008. Como vemos, pronto podremos contar con nuevas empresas ferroviarias; en esta línea, las empresas *Ferrocarriles del Suroeste* y *Logitren Ferroviaria* presentaron a finales del pasado mes de diciembre de 2007 la solicitud de licencia como empresa ferroviaria, ante la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento para llevar a cabo transporte de mercancías, un propósito al que se suma la Corporación General de Transportes de FCC. *Logitren Ferroviaria*, es una empresa perteneciente al grupo empresarial valenciano Torrescámara y Compañía de Obras, dedicado fundamentalmente a la construcción. Por su parte, *Ferrocarriles del Suroeste* es propiedad del grupo extremeño Alfonso Gallardo, que centra su actividad en el sector siderúrgico, y de la constructora andaluza Gea 21, y que actualmente está desarrollando varios proyectos ferroviarios de líneas metropolitanas y de alta velocidad, como la construcción y explotación del Metro de Sevilla. Pero lo cierto es que nadie quiere perder el tren en un mercado que se adivina optimista, tal y como lo demuestran los datos reales de no pocos operadores potenciales, y en esta línea, el pasado 29 de enero, la Generalitat de Catalunya ha aprobado la creación de una nueva sociedad anónima filial de la empresa pública *«Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya»* (FGC), con el objetivo principal de conseguir primero una licencia ferroviaria y así poder operar en infraestructuras que no sean de titularidad de la Comunidad Autónoma.



<p>Empresas que cuentan con licencia de empresa ferroviaria</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• RENFE-Operadora (07/10/2005)</li> <li>• Comsa Rail Transport, S.A (Grupo Comsa) (07/10/2005)</li> <li>• Continental Rail, S.A (Grupo ACS) (21/10/2005)</li> <li>• Acciona Rail Services, S.A (Grupo Acciona) (13/06/2006)</li> <li>• Activa Rail, S.A (Grupo Transfesa) (04/07/2006)</li> <li>• Tracción Rail, S.A (Grupo Azvi) (24/07/06)</li> <li>• Eusko Trenbideak — Ferrocarriles Vascos, S.A (24/08/06)</li> <li>• Arcelor Mittal Siderail (Grupo siderúrgico Arcelor Mittal)</li> </ul>
<p>Empresas que están tramitando la petición de licencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Corporación General de Transportes —CGT, S.A — (Grupo FCC)</li> <li>• Ferrocarriles del Suroeste (Grupo Alfonso Gallardo)</li> <li>• Logitren Ferroviaria (Grupo Torrecámara y Cía. S.A)</li> </ul>
<p>Empresas que cuentan con habilitación o título habilitante como candidato para la adjudicación de capacidad de infraestructura</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Transfesa</li> <li>• Logística y Transporte Ferroviario (Grupo ACS)</li> <li>• Container Train</li> </ul>
<p>Empresas en trámite de habilitación o título habilitante de candidato para la adjudicación de capacidad de infraestructura</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conterail</li> <li>• Pecovasa</li> <li>• Tramesa</li> </ul>
<p>Empresas con certificado de seguridad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• RENFE Operadora (para todas las líneas de la RFIG) (Fecha: 30/06/2006)</li> <li>• Continental Rail, S.A (Grupo ACS) (Madrid/Valencia: fecha 24/11/2006) (Madrid/Gijón: fecha 29/06/2007)</li> <li>• Acciona Rail Services (Grupo Acciona) (Tramo Gijón/León: fecha 26/12/2006)</li> <li>• Comsa Rail Transport (Grupo Comsa) (Madrid/Gijón: 29/06/2007)</li> </ul>

Pero sería durante el primer trimestre del año 2007 cuando por fin se pudo comprobar la puesta en acción de premisas liberalizadoras en el sector ferroviario dentro de nuestras fronteras. Con fecha de 28 de enero, la empresa «Acciona Rail Services, S.A.», iniciaba sus operaciones entre el puerto de Gijón y La Robla, convirtiéndose así en la primera empresa ferroviaria privada que participa en el sector para prestar servicios de transporte de mercancías (nacionales). Muy pronto, el 15 de febrero la empresa Constru-rail (participada por RENFE Operadora y Continental Rail, S.A) iniciaba el transporte regular de contenedores entre el puerto de Valencia y Madrid (39). Ambas empresas disponen de su propio material de tracción y el caso de Acciona cuenta con 32 vagones propios y Constru-rail utiliza contenedores propiedad de RENFE-Operadora.

## V. RECAPITULACIÓN

No han transcurrido en balde los tres años, tanto desde el sector normativo, como en la realización de infraestructuras. Desde la habilidad de convenios por desarrollar la notoriedad en el sector por parte de empresas como RENFE-Operadora, así como la efectiva puesta en marcha de servicios de transporte por los nuevos operadores emergentes, son algunas muestras de que este «tren» ya abandonó la estación comenzando un viaje que se advina apasionante.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BOUAZZA ARIÑO, Omar y RIVAS CASTILLO, María Isabel, *La intermodalidad en el transporte: un impulso comunitario que involucra a las Administraciones estatal y autonómica*, en «Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente», Tomo II, edit. Publicacions de la Universitat Jaume I – Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2007.

---

(39) Ante los cambios previstos, desde que se aprobase la nueva normativa ferroviaria, la entidad RENFE-Operadora, creada al efecto para la prestación de servicios ferroviarios de la ya desaparecida RENFE, ha desarrollado una estrategia sobre la política de alianzas con sus competidores. Entre otros, con los tres grupos empresariales más activos: ACS, Transfesa y Acciona. Junto a la empresa Acciona y a la Autoridad Portuaria de Barcelona se ha creado una empresa para la explotación del corredor ferroviario desde el Puerto Seco de Zaragoza; con la empresa ACS se ha constituido la entidad Constru-rail; y con Transfesa, en la que cuenta con una cartera de algo más del 20% de su capital.

- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, *El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos*, en «Revista General de Derecho Administrativo», núm. 1, noviembre 2002, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), Revista en línea.
- CARBONELL PORRAS, Eloisa, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, AGISA, Madrid, 1993.
- La entidad pública empresarial «administrador de infraestructuras ferroviarias» (ADIF)*, en la obra colectiva «El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario», VVAA (Coordinado por el profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS), editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel y GARCÍA DE COCA, Jose Antonio, «Liberalización del transporte en España. Alcance y expectativas, en Privatización y liberalización de servicios», obra colectiva dirigida por el profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ, Universidad Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, *Transporte, sostenibilidad social y sostenibilidad energética*, en «Jornadas sobre desarrollo sostenido y sostenible», Fundación Iberdrola, Madrid, diciembre 2002.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, *La liberalización del transporte ferroviario*, «Revista de Administración Pública», núm. 132, 1993,
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Transportes*, integrado en la obra «Derecho Administrativo Económico», Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, edit. La Ley, Madrid, 1988-1991
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, en «Revista de Administración Pública», núm. 49, 1966.
- NAVARRO PALACIOS, Manuel, *Colaboración y coordinación*, en la obra colectiva VVAA *Desarrollo del principio de colaboración en el Estado de las Autonomías*, VII Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coordinación Carmen CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla 2004.
- PÉREZ DEL CAMPO, Pedro, *La aportación del ferrocarril a un consumo energético sostenible*, en «Revista Física y Sociedad», Colegio Oficial de Físicos, Otoño 2002, X Aniversario del Congreso Nacional del Medio Ambiente.
- RIVAS CASTILLO, Maria Isabel, *Régimen Jurídico de las Infraestructuras Ferroviarias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

- *Infraestructuras ferroviarias de titularidad privada* en la obra colectiva «El régimen jurídico del Sector ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario», VVAA (Coordinado por el profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS), editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- *Objeto y finalidad de la Ley del Sector Ferroviario*, en la obra colectiva «El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario —Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario—», Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

## ANEXO I

### RED DE INTERÉS DEL ESTADO. LONGITUD DE LA RED, SEGÚN CARACTERÍSTICAS DE LAS LÍNEAS. AÑO 2005

#### 1) RED FERROVIARIA ADMINISTRADA POR ADIF

Red	Red titularidad del Estado (ancho ibérico) <sup>1</sup>			Red titularidad ADIF (ancho UIC)		TOTAL	
	Vía única	Vía doble	Total	Vía doble	Vía única	Vía doble	Total
Características							
Electrificadas	3.611	2.903	6.514	1.010	3.611	3.913	7.524
No electrificadas	5.236	30	5.266	–	5.236	30	5.266
<b>TOTAL</b>	<b>8.847</b>	<b>2.933</b>	<b>11.780</b>	<b>1.010</b>	<b>8.847</b>	<b>3.943</b>	<b>12.790</b>

<sup>1</sup> Esta red incluye 18 Km. de línea de ancho métrico, que no se incluyen en el cuadro. Los 21 Km. de tramo de línea con tercer carril se contabilizan en vía única electrificada.

#### 2) RED FERROVIARIA DE ANCHO MÉTRICO – FEVE

Características	Vía única	Vía doble	Total
Electrificación	242	150	392
Sin electrificar	877	0	877
<b>TOTAL</b>	<b>1.119</b>	<b>150</b>	<b>1.269</b>

## TRES AÑOS DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DEL SECTOR FERROVIARIO(\*)

MARÍA ISABEL RIVAS CASTILLO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL COMPROMISO DE UNOS OBJETIVOS POR CUMPLIR.— II. EL NUEVO CONCEPTO DE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA Y SU PROTAGONISMO NORMATIVO: 1. El diseño de la Red Ferroviaria de Interés General. 2. Instrumentos de planificación: el Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte y los planes sectoriales. 3. El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias: A) Ejecución progresiva de objetivos. B) La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte (SEITT).— III. GARANTÍAS DE ACCESO Y LA DECLARACIÓN SOBRE LA RED: REQUISITOS PREVIOS PARA INSTAURAR LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FERROVIARIO.— IV. DATOS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN EN EL SECTOR: NUEVAS EMPRESAS CON VOCACIÓN FERROVIARIA.— V. RECAPITULACIÓN.— VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* Ya han transcurrido más de tres años desde que entrase en vigor la Ley del Sector Ferroviario (Ley 39/2003, de 17 de noviembre), momento ahora elegido para revisar en qué forma y medida se han desarrollado algunas de aquellas premisas, que anunciaban aires nuevos sobre nuestras vías ferroviarias estatales. Una norma, que junto a sus disposiciones de desarrollo, nos presentó encima de la mesa importantes novedades. Unos objetivos directos y clarividentes capitaneaban una Ley, que forjada sobre un patrón comunitario, daría paso a un modelo ferroviario bien distinto al que veníamos acostumbrados. Aunque cierto es, que la apertura del mercado del transporte ferroviario a una pluralidad de operadores prestacionales sería un hecho en breve, el legislador mantiene un interesante protagonismo en la Administración Pública. A lo largo de este estudio se reflexionará desde una perspectiva siempre crítica y objetiva, sobre cuáles han sido los cambios reales y cuáles las adaptaciones que desde el sector, desde la labor de todos sus agentes, se han experimentado a lo largo de estos tres años. Un periodo que si bien pudiera parecer extenso en el tiempo, se adivina exiguo en un sector como el nuestro, teniendo en cuenta la mutabilidad a la que se ha visto expuesto. Desde el protagonismo conceptual de las infraestructuras ferroviarias; la elaboración por las Administraciones públicas de planes que afectan al sector; la puesta en marcha de los nuevos entes públicos ferroviarios; los primeros

---

(\*) Comunicación presentada en la III Jornada anual del Grupo de Investigación sobre Sectores Económicos Regulados (GISER): *Energía y Transportes*; celebrada en Sotogrande (Cádiz), en Noviembre de 2007.

pasos hacia la apertura real del mercado ferroviario a la competencia; la aparición de empresas con vocación ferroviaria que se convertirán en agentes activos de acuerdo a un sistema de licencias y autorizaciones predeterminado, son algunas de las cuestiones que pasamos a analizar.

*Palabras clave:* sector ferroviario; infraestructura ferroviaria; red ferroviaria de interés general; instrumentos de planificación (PEIT); administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF); declaración sobre la red; licencias ferroviarias.

*ABSTRACT:* They have already spent three years since the Law of the Railway Sector entered in force, moment to review the degree of development of those ideas, that they announced new airs in the state railroad. A norm, that next to its dispositions of development, displayed important new features to us. Direct objectives of a Law, that elaborated on the communitarian right, would take step different to a railway model. It is certain that the opening of the market of the railway transport to a plurality of operators would be a fact soon, and the legislator maintains an interesting protagonism in the Public Administration. Throughout this study it will be reflected, from a critical and objective perspective, on which have been the true modifications in the sector, experimented during these three years. A period that could seem long in the time, would be short in a sector like ours, if we consider the changes that have experimented.

*Key words:* railways; rail infrastructure; railways of general interest; planning; infrastructure manager; network statement; licensing of railway undertakings.

## **I. INTRODUCCIÓN: EL COMPROMISO DE UNOS OBJETIVOS POR CUMPLIR**

Hace algunos meses la Ley del Sector Ferroviario celebraba su tercer aniversario como Ley vigente (1). No pocas fueron las novedades que esta Ley introdujo en el sector del transporte ferroviario, y no pocas las buenas intenciones que desde instancias públicas se han pregonado a los cuatro vientos en una interesante pluralidad de foros. Ante la incesante proliferación de normas desde el Derecho Comunitario, la llegada del nuevo siglo se convirtió para el legislador estatal en el momento idóneo para afrontar directamente una nueva regulación de un sector inmerso en un intenso proceso de cambio. Tras varios meses de debate parlamentario, aquél original Borrador de Anteproyecto de Ley que a finales del año 2002 fuese presentado por el entonces Ministro de Fomento Álvarez Cascos, alcanzó la consagración como Ley en el otoño de 2003, y aunque bien es cierto que diversos avatares políticos

---

(1) Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; *Boletín Oficial del Estado* núm. 276, de 18 de noviembre de 2003 —pp. 40.532 a 40.562—.

demoraron su entrada en vigor, por fin contaríamos con nuevas normas que nos volverían a situar sobre el vagón del ferrocarril europeo (2).

Desde principios de los años noventa se han ido aprobando diferentes normas en el seno de la Unión Europea que, presentadas a través de diversos «paquetes ferroviarios», han forjado un modelo orientado hacia la consecución de una auténtica Red Ferroviaria Transeuropea (3). En ocasiones han sido medidas adoptadas sobre la Política Común de Transportes, en otras tantas sobre directrices de la Política de Redes Transeuropeas, lo cierto es que hoy por hoy el sector ferroviario estaría representado por principios bien distintos a los que le han caracterizado durante décadas. Un sector que continúa comprometido en ese proceso de cambio, proyecto que descansa sobre pilares fundamentales orientados hacia la conquista de un ferrocarril más eficaz y acorde a las necesidades de la Comunidad (4). Pero no se trata de una actuación aislada y de responsabilidad únicamente de la UE, sino que ello entraña un trabajo firme y el compromiso de todos los Estados miembros. Una labor que nuestro legislador ha asumido y lo hace desde parámetros de neoregulación; una regulación novedosa para el sector ferroviario que descansará sobre dos pilares protagonistas: por un lado, la apertura del mercado prestacional a la pluralidad de operadores, poniendo fin al clásico monopolio personificado en RENFE, y por otro lado, la separación de una

---

(2) En relación al sector ferroviario y a sus últimas modificaciones puede verse mi trabajo publicado bajo el título *Régimen Jurídico de las Infraestructuras Ferroviarias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

(3) Aunque bien es cierto que la efectividad del impulso ferroviario desde la UE debe situarse en los albores de la década de los noventa, la preocupación por el transporte, en sus diferentes variantes, ha sido siempre una constante entre las acciones Comunitarias. No en vano una de las tres políticas comunitarias que inauguraron el proyecto de la actual Unión Europea fue la de transportes junto a la política agraria y al comercio exterior.

(4) El principio de eficacia representa sin lugar a dudas un auténtico escalón de apoyo, un soporte esencial en el diseño del nuevo ferrocarril que desde Instituciones Comunitarias se viene construyendo en los últimos años. Buena muestra de ello es uno de los textos clave en este proceso, concretamente la Directiva 91/440/CEE de 29 de julio del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, en el que el Consejo recuerda constantemente a través de sus Considerandos, la obligación de la Comunidad de convertir el ferrocarril en un medio de transporte eficaz. Una Disposición normativa principal para la puesta en marcha de un ferrocarril moderno, desde la que se sostiene como necesidad imperiosa recuperar al ferrocarril como medio de transporte eficiente, por cuanto aquél representa una pieza protagonista en la consecución de los objetivos comunitarios, y entre ellos la realización de un auténtico mercado interior. Se trataría de una relación tridimensional: no habría posibilidad real de construir el mercado interior en el seno de la Unión Europea sin los transportes, y entre los diferentes medios de transportes el ferrocarril es un elemento vital, razón de más que para alcanzar los objetivos comunitario de mercado sea prioritario impulsar el sector transportes como un todo, y a cada uno de los medios de forma individualizada, compromiso en el que se sitúa el ferrocarril hoy en día como un protagonista indiscutible (mercado interior/transporte/ferrocarril).

histórica unión de hecho y de derecho, la existente entre infraestructuras y servicios.

Tras diversas modificaciones en el ámbito del transporte ferroviario, encaminadas a ir solapando las fisuras que nuestro sistema de transporte por ferrocarril presentaba ante las nuevas directrices comunitarias, el legislador estatal decide revisar in totum su régimen jurídico, circunstancia que se traduciría en la aprobación de una nueva Ley sectorial: la Ley del Sector Ferroviario de 17 de noviembre de 2003 (5). Con ello se pondría punto y aparte a la regulación inmediatamente precedente, en la que desde un tratamiento conjunto de los transportes terrestres se consagraba su marco de actuación. El legislador aborda de nuevo, como ya lo hiciese en el siglo XIX, una normativa propia para la regulación de un sector cuya revitalización se sitúa entre los objetivos principales de las políticas comunitarias, y de forma extensiva entre las políticas de sus Estados miembros. No en vano, el transporte ferroviario es considerado actualmente como el medio de transporte más seguro, ecológico y respetuoso con el modelo de desarrollo sostenible: el bajo consumo energético, su capacidad para adaptarse a las energías renovables, y las emisiones mínimas de contaminación, junto a la situación de congestión en las carreteras, son algunas de las razones principales que han llevado a reconsiderar las ventajas de este modo de transporte, motivos que despertaron el interés sobre el viejo ferrocarril en un momento de declive (6). Más de la mitad de

---

(5) A lo largo de la década de los noventa varias fueron las novedades normativas que irrumpieron en un sector como el nuestro, que si bien contaba con una regulación relativamente reciente no respondía al proyecto ferroviario que se estaba fraguando en hornos comunitarios (la Ley 16/1987, de 30 de noviembre, de Ordenación de los Transportes Terrestres sería su máximo exponente). Tras las primeras disposiciones europeas al efecto, en 1991, las reacciones no podían hacerse esperar, y por ende aparecieron en nuestro campo jurídico nuevas normas con la pretensión de ir adaptando este modo de transporte a aquellas nuevas directrices. Fue así como después de treinta años desde que se aprobase el viejo Estatuto de RENFE (en 1964), se presentó uno nuevo, entre cuyo contenido se incluyeron interesantes cambios; modificaciones dentro de las cuales tenemos que resaltar la predicada separación, al menos contable, entre infraestructuras y servicios de transporte ferroviario: aparecen de esta forma las Unidades orgánicas como modelo de gestión que pronto sería secundado en el diseño del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (artículos 160 y 161 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social). La creación de un nuevo Ente, el GIF, con la pretensión de asumir únicamente funciones relacionadas con el elemento físico e infraestructural ferroviario, así como la aprobación de disposiciones que permitiesen la apertura progresiva de nuestro ferrocarril al juego del mercado (artículo 104 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y el Real Decreto 2111/1998, de 2 de octubre, por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias), fueron algunas de las opciones normativas en el Derecho nacional, pero que no lograron la efectividad suficiente y esperada.

(6) Un buen indicador serían los resultados reales del transporte ferroviario de mercancías en el tramo 1970-año 2000: durante este periodo el ferrocarril ha perdido terreno en relación al transporte aéreo y al transporte por carretera; la cuota de mercado del transporte ferroviario de mercancías en Europa cayó de un 21,1% a un 8,4%. Sobre el ferrocarril y su consumo de energía ver



los trenes que están en circulación en nuestra red ferroviaria son impulsados por motores eléctricos, menos ruidosos que los motores diesel; este tipo de máquinas de tracción además no producen humos ni gases de escape, lo que se traduciría en una buena opción desde la óptica de la contaminación atmosférica. Igualmente, el ferrocarril es el medio de transporte para el que sería más cómodo optar por el uso de fuentes renovables que sustituirían a la energía eléctrica, frente a otros transportes que únicamente utilizan derivados del petróleo.

La nueva Ley consagra como objetos protagonistas de regulación a los dos componentes fundamentales del ferrocarril: su infraestructura, y el régimen jurídico aplicable a los servicios de transporte (7). Una Ley preocupada por alcanzar unos fines certeros en torno a un medio de transporte que se pretende «en alza». El legislador estatal es consciente en todo momento del papel que debe desempeñar ahora este modo de transporte, y así quedará constatado desde los primeros preceptos de la Ley. Se mantienen fines que podríamos calificar de «clásicos» en el sector: como el compromiso por garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado, mantener la unidad de mercado y satisfacer las necesidades de la sociedad con el máximo grado de eficacia (8). La separación entre el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras y a los servicios, así como la apertura del mercado de transporte ferroviario a la competencia, han motivado importantes cambios en el sector. La seducción de los parámetros de liberalización sobre el ferrocarril ha puesto en tela de juicio instrumentos tradicionales, fomentando la búsqueda de herramientas jurídicas que sirviesen para dar respuesta a las nuevas directrices ferroviarias. Como ya ocurriese en otros sectores económicos, el abandono de modelos monopolísticos ha sido sustituido por todo un

---

Pedro PÉREZ DEL CAMPO, en *La aportación del ferrocarril a un consumo energético sostenible*, en Revista Física y Sociedad, Colegio Oficial de Físicos, Otoño 2002, X Aniversario del Congreso Nacional del Medio Ambiente.

(7) Aunque junto a ellos podríamos resaltar un tercer bloque: el relativo a los servicios adicionales, complementarios y auxiliares, actividades que facilitarán el funcionamiento del sistema ferroviario (artículos 39 a 41 de la LSF). Es la primera vez que el legislador estatal dedica cierta atención a este tipo de actividades relacionadas directamente con el transporte ferroviario, funciones que por el contrario habían tenido cabida entre el transporte por carretera desde la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987. Sobre este tipo de actividades ver María Isabel RIVAS CASTILLO en *Objeto y finalidad de la Ley del Sector Ferroviario*, en la obra colectiva *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario —Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario—*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, páginas 181 y siguientes.

(8) Unos principios que como ya apuntase nuestro Alto Tribunal han de servir de orientadores de la política económica del Estado, y no interpretadas como reglas de atribución de competencias a favor de él (Sentencias del Tribunal Constitucional 71/1982, 95/1984 y 14/1997, y Sentencias 52/1988 y 14/1989).

conjunto de licencias y autorizaciones (títulos de intervención pública); la renuncia a su histórica categorización como servicio público en armonía con el mantenimiento de necesidades esenciales de la colectividad relacionadas con el transporte, han llevado a diseñar nuevas fórmulas jurídicas en las que las Administraciones públicas continúan siendo responsables. Unos compromisos que se traducen, a la luz de la nueva Ley, en la normativización de parámetros que faciliten el acceso a la infraestructura ferroviaria mediante procedimientos objetivos, transparentes y no discriminatorios (adecuada utilización de los recursos); que promuevan las condiciones de competencia en la prestación de servicios ferroviarios, así como que garanticen la prestación de esos servicios de manera continua, eficaz y segura. Pero no será el Estado la única Administración pública con competencia sobre el sector de los transportes dentro de nuestras fronteras, una realidad constitucional que el legislador ha querido recordar ahora, abogando desde este texto normativo por la coordinación de actuaciones entre aquéllas (9). Por último, su autor no podía obviar el papel del Estado como parte integrante de la Unión Europea, comprometido con todas y cada una de sus políticas, y entre ellas también la política europea común de transporte ferroviario. Una circunstancia que sitúa entre los objetivos esenciales de nuestro ferrocarril su conversión en un medio de transporte sin barreras, en un modo compatible con los sistemas ferroviarios de terceros Estados miembros, o utilizando una nomenclatura más comunitaria: lograr y favorecer la interconexión y la interoperabilidad de sistemas.

## II. EL NUEVO CONCEPTO DE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA Y SU PROTAGONISMO NORMATIVO

La delimitación conceptual de uno de los componentes vitales del sector: la *infraestructura ferroviaria*, se presenta entre las grandes novedades de la Ley. Después de más de siglo y medio desde que se aprobasen aquellas normas pioneras reguladoras del innovador medio de transporte, a mediados del XIX, desde que comenzase a funcionar el primer ferrocarril en nuestro territorio, admirado con ojos de confusión y entusiasmo por la sociedad decimonónica, tras interesantes cambios jurídicos y organizativos en su haber, ha sido con la Ley del año 2003 cuando por vez primera el legislador aborda una auténtica descripción del elemento físico ferroviario.

---

(9) Sobre el principio de coordinación entre Administraciones territoriales ver NAVARRO PALACIOS, Manuel, *Colaboración y coordinación*, en la obra colectiva VVAA *Desarrollo del principio de colaboración en el Estado de las Autonomías*, VII Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coordinación Carmen CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004.

Conviene advertir que la expresión hoy en día familiar, en mayor o menor medida, tanto entre las normas del sector como entre disposiciones diversas de contenido variopinto, es bien reciente. Diferentes denominaciones, protagonizadas por las líneas ferroviarias y los terrenos sobre los que discurrían, han servido para ir acotando mediante fórmulas dispersas los elementos que hoy en día agrupamos bajo la definición de «infraestructura ferroviaria». Las viejas normas, centradas en la regulación de las concesiones de construcción y explotación, irían dando paso de forma puntual a elementos distintos, que junto a las líneas del ferrocarril serían esenciales para su puesta en marcha. Mediante expresiones genéricas, como «dependencias de las líneas férreas», el legislador iría considerando el objeto de regulación de aquellas normas sectoriales. Pero no sería hasta una época bien reciente cuando por primera vez la expresión «infraestructura ferroviaria» encontrase cabida entre las disposiciones del sector: con el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres en 1990 se presentaría un concepto que si bien tuvo su origen en el Derecho comunitario dos décadas antes, no había sido utilizado aún entre las normas ferroviarias nacionales (10). Pero en aquella ocasión no se ofrecería una descripción clara y concisa del concepto, que sirviese para dilucidar qué se entendía por infraestructura ferroviaria, sino que con ella se identificaban exclusivamente algunos de los componentes físicos de este medio de transporte (11).

Poco a poco el uso del concepto, que recordemos aún seguía sin delimitar, sería acogido por múltiples normas, unas veces ferroviarias y otras no, en las que tenía cabida el ferrocarril como objeto, unas veces de regulación directa y otras por su incidencia en ámbitos heterogéneos (12). Es así como llegamos a la nueva Ley del Sector, y con ella a la regulación en bloque del

---

(10) Fue en la década de los setenta y entre las normas de Derecho Comunitario cuando apareció por primera vez la descripción conceptual de las Infraestructuras Ferroviarias: Reglamento 2598/70, de 18 de diciembre, regulador del contenido de las diferentes partidas de contabilización del Anexo I del Reglamento (CEE) nº 1108/70 del Consejo, de 4 de junio de 1970.

(11) En los años sesenta y setenta, desde la doctrina administrativista se acogerían algunas denominaciones en las que quedaban integrados de forma conjunta los elementos infraestructurales de este medio de transporte: «patrimonio ferroviario» o «patrimonio de RENFE», un concepto que ya se venía utilizando entre las normas sectoriales, como el Estatuto de RENFE aprobado en 1964. Pero no podemos olvidar que nos topamos con una denominación que iría más allá, incluiría más componentes que los estrictamente físicos, puesto que el patrimonio de la Entidad quedaría constituido tanto por los bienes como por los derechos que fueron objeto del rescate de 1941.

(12) Bien por su interés económico a la hora de diseñar los presupuestos públicos; bien al tiempo de acordar los instrumentos de ordenación territorial y urbanística; entre la normativa reguladora de los contratos de las Administraciones públicas; en la legislación sobre puertos, o en las normas de protección medioambiental (como objeto de preocupación acústica o de medidas de revitalización ferroviaria como la creación de las denominadas «vías verdes»).

elemento físico ferroviario. En palabras del legislador, se tendrá por infraestructura ferroviaria:

«[...] la totalidad de los elementos que formen parte de las vías principales y de las de servicio y los ramales de desviación para particulares, con excepción de las vías situadas dentro de los talleres de reparación de material rodante y de los depósitos o garajes de máquinas de tracción. Entre dichos elementos se encuentran los terrenos, las estaciones, las terminales de carga, las obras civiles, los pasos a nivel, las instalaciones vinculadas a la seguridad, a las telecomunicaciones, a la electrificación, a la señalización de las líneas, al alumbrado y a la transformación y el transporte de la energía eléctrica, sus edificios anexos y cualesquiera otros que reglamentariamente se determinen (artículo 3).»

Una definición descriptiva de los elementos que la integran; una delimitación que se completaría muy pronto a través de sus normas de desarrollo, disposiciones capitaneadas por el Reglamento del Sector Ferroviario aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre (13).

## 1. El diseño de la Red Ferroviaria de Interés General

Otra de las novedades del texto legal, de vinculación íntima y directa con las infraestructuras, ha sido la configuración de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG). Uno de los objetivos más sobresalientes del legislador será sin duda la consecución de un *sistema común de transporte ferroviario*, finalidad sobre la que se diseña la nueva Red (artículo 4 de la LSF). En esta ocasión, y a diferencia del tratamiento que desde la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres se había considerado en torno a la Red Nacional Integrada (RENI), la nueva RFIG agrupará únicamente elementos de carácter físico. Como antesala, y acorde a los principios inspiradores de la Ley de Ordenación de los Transportes de 1987 (14), el legislador quiso en su día destacar entre todas las líneas y servicios de transporte público ferroviario aquellos que bien podían considerarse como parte integrante de una *estructura básica* del sistema general de transporte ferroviario, y cuya explotación conjunta resultaba necesaria para el correcto funcionamiento del *sistema común de transporte terrestre* (artículo 155 de la LOTT). Se reunían bajo una misma denominación elementos infraestructurales y componentes prestacionales. Conforme a la nueva Ley, la Red Ferroviaria de Interés General estará, por el contrario, integrada únicamente por infraestructuras ferroviarias, y en esta ocasión, por aquellas que resulten esenciales para garantizar el *sistema común de trans-*

---

(13) Su aprobación junto a los Estatutos de las entidades públicas protagonistas del sector, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y RENFE-Operadora, impulsaron la puesta en marcha de la Ley del Sector Ferroviario con fecha de 1 de enero de 2005.

*porte ferroviario* en todo el territorio del Estado, o cuya administración conjunta fuese necesario para su correcto funcionamiento.

El legislador consagra varios parámetros que han de servir para identificar qué infraestructuras podrían ser calificadas bajo la denominación de *esenciales* y por ende, incorporadas a esta Red, llamémosla *principal*. Entre otras:

- Las infraestructuras vinculadas a los itinerarios de tráfico internacional.
- Las que enlacen las distintas Comunidades Autónomas, y sus conexiones y accesos a los principales núcleos de población y de transporte.
- Y las que enlacen instalaciones esenciales para la economía o para la defensa nacional.

Circunstancias que nos recuerdan de cerca a las contenidas en la Ley de Carreteras de 1988 (artículo 4.3) (15).

El Estado asume el compromiso de asegurar un sistema común de transporte ferroviario, y ha de hacerlo conforme a los títulos competenciales que el texto constitucional le confiere. No se trata, como ya apuntó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 118/1996, de 27 de junio, de reconocer con ello la potestad del legislador estatal para diseñar una regulación ferroviaria que fuese común y homogénea al Estado y a las Comunidades Autónomas, puesto que aquéllas podían asumir competencias sobre los ferrocarriles intra-comunitarios (art. 148.1. 5º), sino de evocar un principio fundamental que ha de inspirar la organización y funcionamiento del sistema ferroviario. El componente económico de los transportes es un hecho evidente, su conexión con principios generales como la unidad de la Nación, la igualdad de todos los

---

(14) En torno a la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres encontramos interesantes reflexiones del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en su estudio *Transportes*, integrado en la obra *Derecho Administrativo Económico*, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, edit. La Ley, Madrid, 1988-1991, pp. 785 y ss.

(15) Artículo 4.3 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras:

[...] A efectos de lo establecido en el punto 2.2 de este artículo, se consideran itinerarios de interés general aquellos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Formar parte de los principales itinerarios de tráfico internacional, incluidos en los correspondientes convenios.
2. Constituir el acceso a un puerto o aeropuerto de interés general.
3. Servir de acceso a los principales pasos fronterizos.
4. Enlazar las Comunidades Autónomas, conectando los principales núcleos de población del territorio del Estado de manera que formen una red continua que soporte regularmente un tráfico de largo recorrido. [...].

españoles en derechos y deberes, o el ejercicio de libertades fundamentales como la libertad de circulación (tanto de bienes como de personas), o la unidad de mercado, reivindican en sí mismos la proclamación de un sistema común de transporte, en nuestro caso, ferroviario. La configuración de una Red Ferroviaria, denominada ahora como de Interés General por el legislador, se presentaría como garantía real sobre la que se materializarían aquellos principios generales, lejos de cualquier afán por extraer del campo competencial autonómico parcelas de dominio. La redacción del propio artículo 4.1 de la Ley es inequívoca: a la hora de describir qué infraestructuras, qué líneas ferroviarias formarían parte de la RFIG, se puede observar como objetivo principal el de la salvaguarda de auténticos intereses generales, que son a fin de cuentas los que el Estado ha de proteger (sin perjuicio de no obstaculizar el resto de intereses personificados en terceras Administraciones).

En esta ocasión, y a diferencia de la normativa precedente, corresponde al Ministerio de Fomento determinar las infraestructuras que han de formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General (una facultad delegada a favor de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación —ORDEN FOM/2893/2005, de 14 de septiembre, por la que se delegan competencias en materia ferroviaria—, *BOE núm. 224 de 19 de septiembre de 2005*) (16). Una toma de decisión que pondrá en juego fórmulas de cooperación interadministrativas: bien a través de la técnica del informe, bien del consentimiento previo de aquellas Administraciones públicas cuyos intereses pudieran verse afectados (siendo necesario éste último cuando las infraestructuras ferroviarias discurran íntegramente por el territorio de una sola Comunidad Autónoma y sin conexión con el resto de la Red; piénsese, por ejemplo, en infraestructuras catalogadas de esenciales para la defensa nacional o para la economía, como ya apuntamos en líneas previas). Nos podemos encontrar con infraestructuras preexistentes o bien de nueva construcción; supuesto este último en el que será necesario la aprobación inicial de un estudio informativo en cuya elaboración se dará entrada tanto a Administraciones locales como autonómicas, así como paso a la correspondiente tramitación pública (artículo 5 de la LSF). Aunque

---

(16) Con anterioridad, la descripción y acuerdo de las líneas y servicios de la Red Nacional Integrada correspondía al Gobierno (artículo 155 de la LOTT). En la nueva Ley el protagonismo del Ministerio de Fomento es más acusado en la toma de decisiones relacionadas con la política ferroviaria (muestras de ello pueden apreciarse a lo largo de todo el texto legal, aunque resulta ciertamente significativa la redacción de su Título VI). En contadas ocasiones será necesaria la actuación conjunta del Gobierno: a la hora de declarar determinados servicios ferroviarios de *interés público* (artículos 53 y 54 de la LSF); aceptar la participación del Estado en organizaciones internacionales ferroviarias; así como en la fijación de fechas del calendario de apertura del mercado, sin perjuicio de una habilitación generalizada que el legislador confiere al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y cumplimiento de lo dispuesto en la Ley sectorial (Disposición final primera).

el legislador no especifica el tipo de vinculación de tales actuaciones preceptivas por las Administraciones públicas cuyos intereses pudieran verse afectados, de una interpretación conjunta de los artículos 4 y 5 de la Ley, considero que en los supuestos en los que se trate de infraestructuras que discurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma no sería vinculante, mientras que si estamos ante infraestructuras ferroviarias situadas íntegramente en el territorio de una única Comunidad Autónoma, aquélla debería emitir su consentimiento, por ende, un informe favorable a la propuesta elevada desde el Ministerio de Fomento (17).

Pero la Ley no podía entrar en vigor sin que se determinase qué infraestructuras ferroviarias integrarían la nueva Red Ferroviaria. A través de la Disposición Adicional novena el legislador dispondría que todas las infraestructuras ferroviarias que en esa fecha estuviesen siendo administradas por RENFE, por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), por las Autoridades Portuarias correspondientes en los Puertos de Interés General, así como la red de ancho métrico de titularidad del Estado y administrada por FEVE, pasarían a integrar la nueva RFIG (18). Se alcanza así la fecha de uno de enero de 2005, punto de partida del nuevo modelo ferroviario, momento desde el que comienzan a funcionar las piezas del juego ferroviario sobre un tablero preestablecido por el legislador (Ver Anexo I).

---

(17) En este punto quisiera dejar apuntado para próximas reflexiones las consideraciones que en su día el Tribunal Constitucional declaró en la Sentencia 118/1996, de 27 de junio, sobre los informes de las CCAA cuando se tratase de líneas que discurriesen por el territorio de más de una Comunidad Autónoma. En aquella ocasión el Alto Tribunal afirmó que en tales supuestos el Estado no necesitaría ni siquiera el informe previo de las Administraciones autonómicas sobre las que se situarían las obras infraestructurales, por cuanto la Administración General del Estado estaría actuando dentro del ámbito de acción de sus competencias exclusivas (artículo 149.1.21 de la Constitución) (Fundamento Jurídico 44). Una postura en la que el Tribunal quizá olvidase la incidencia de tales obras de proyección física sobre márgenes competenciales de titularidad de terceras Administraciones, como la ordenación del territorio, por cuyos intereses deben velar. Realidades en las que es necesario acudir a fórmulas de cooperación en aras a respetar en todo momento las respectivas competencias (STC 77/1984, de 3 de julio, y en relación con el sector portuario y aeroportuario en las Sentencias 40/1998, de 19 de febrero y STC 204/2002, de 31 de octubre, respectivamente).

(18) Una solución que resulta familiar para los estudiosos del sector, por cuanto fue la misma opción elegida por el legislador en 1987 al tiempo de aprobar la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Disposición Transitoria octava), aunque en aquella ocasión se limita a mencionar los servicios de la Red Nacional Integrada, circunstancia que no impedía su extensión al elemento físico, conforme al principio de unidad de explotación camino/vehículo proclamado aún en el sector ferroviario.

## 2. Instrumentos de planificación. El Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte y los planes sectoriales: Plan Sectorial de Ferrocarriles 2005-2012

Las nuevas directrices de la política ferroviaria en nuestro país han llevado, conforme a las previstas en el Derecho comunitario, a mantener la titularidad pública sobre las grandes infraestructuras de este medio de transporte, sin perjuicio del espacio reservado a las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada (artículos 37 y 38 de la LSF) (19). La apertura del mercado a la competencia en condiciones de igualdad, transparencia, no discriminación y seguridad suficientes, exigen el compromiso de los Poderes públicos competentes de diseñar un marco físico capaz de soportar sus nuevas peculiaridades. Es así como de nuevo el legislador acude a la actuación planificadora de las Administraciones públicas sobre el sector ferroviario; y no solo será respecto de las infraestructuras, sino que además, se prevé como objeto de los futuros planes sectoriales, decisiones relacionadas directamente con los servicios de ferrocarril (20). No se siguen los mismos criterios elegidos por el legislador a la hora de redactar otras leyes principales de sectores liberalizados como el sector eléctrico o el sector de los hidrocarburos; a diferencia de estas normas, en ningún momento en la Ley del Sector ferroviario se habla de una planificación acotada o de una planificación indicativa (como así se presenta

---

(19) «[...] conviene que los Estados miembros asuman la responsabilidad del desarrollo de la infraestructura ferroviaria apropiada [...]». – Considerando de la Directiva 91/4440/CEE del Consejo de 29 de julio». Sobre las infraestructuras privadas ver María Isabel RIVAS CASTILLO, *Infraestructuras ferroviarias de titularidad privada* en la obra colectiva *El régimen jurídico del Sector ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, ob. cit., pp. 523-538.

(20) Desde las primeras normas del sector ferroviario se viene aplicando la técnica de la planificación en el diseño y materialización de las políticas de transporte. Aunque en el proyecto de Ley ferroviaria presentado en Cortes el 24 de febrero de 1848 ya se incluía el primer Plan General de ferrocarriles en nuestro país, estamos ante una propuesta que por circunstancias políticas no llegó a debatirse en Cortes, teniendo que esperar a la Ley General Ferroviaria de 1877 para consagrar aquél deseo. Una opción elegida tanto desde las normas generales reguladoras de las obras públicas como desde las normas especiales, en las que se incluían las relativas al transporte por ferrocarril. En el art. 20 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de junio de 1877, se contempla la necesidad de diseñar planes generales de obras públicas. Igualmente, entre las normas especiales de sectores como carreteras y ferrocarril, se incorporaron como mecanismos de ordenación el diseño de los correspondientes Planes, una realidad que se ha mantenido hasta la fecha actual: artículo 7 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, y artículo 1 de la Ley de Carreteras de 1988. En relación a la figura del Plan ver Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966. Sobre el sector viario encontraremos interesantes reflexiones de manos de la profesora Eloisa CARBONELL PORRAS en *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, AGISA, Madrid, 1993.



desde sus respectivas Exposiciones de Motivos y articulado: art. 4 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico y art. 4 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos). Corresponde al Ministerio de Fomento, oídas las Comunidades Autónomas afectadas, entre otras: la planificación del sector, de las infraestructuras y los servicios ferroviarios de competencia estatal, así como la ordenación general y la regulación del sistema, entendiendo por este último como la capacidad para fijar reglas básicas del mercado ferroviario y elaboración de la normativa que sea necesaria para su correcto desenvolvimiento (artículo 81 de la LSF).

Como ya ocurriese en 1987 con el Plan de Transporte Ferroviario, así como años después con la aprobación del Plan Director de Infraestructuras (1993), entre cuyo contenido se incluyó una interesante apuesta por el ferrocarril, en los dos últimos años y en el marco normativo de la Ley del Sector Ferroviario, la Administración General del Estado ha elaborado un nuevo Plan de acción que afecta de lleno al ferrocarril. Desde una programación conjunta y «estratégica» sobre el elemento físico de los transportes se presenta el Plan Estratégico de las Infraestructuras del Transporte (PEIT). Sobre objetivos centrales de política económica y social, se diseña este Plan de Infraestructuras para el periodo 2005/2012; con el propósito de impulsar la competitividad y el desarrollo económico, así como mejorar la cohesión social y territorial (21). Respecto al ferrocarril las pretensiones se centran en su modernización, conseguir su interoperabilidad con la red europea, impulsar el tráfico mixto en las nuevas líneas de alta velocidad y potenciar la intermodalidad, para mejorar la eficacia y la calidad de los servicios de transporte (22).

Para el desarrollo del PEIT se prevé la elaboración de un conjunto de Planes Sectoriales, entre los cuales no podía faltar el relativo al ferrocarril; de esta forma, en el año 2006 comenzaron los trabajos de redacción del Plan Sectorial de Ferrocarriles, coordinado por la Dirección General de Ferrocarriles, y con la colaboración de ADIF, RENFE-operadora y FEVE. Un instrumento vertebrador en el desarrollo de la planificación ferroviaria. Ya preparado,

---

(21) A partir de la década de los 70, tanto la Comunidad Europea como otras Instituciones y Organismos supranacionales comienzan a mostrar una clara preocupación por los problemas medioambientales, la cohesión económica y social, y el desarrollo regional, que empezaban a constituir una amenaza real para la sociedad, Rafael IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ en *Transporte, sostenibilidad social y sostenibilidad energética*, en Jornadas sobre desarrollo sostenido y sostenible, Fundación Iberdrola, Madrid, diciembre 2002.

(22) Sobre la intermodalidad ver BOUAZZA ARIÑO, Omar y RIVAS CASTILLO, María Isabel, *La intermodalidad en el transporte: un impulso comunitario que involucra a las Administraciones estatal y autonómica*, en Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente, Tomo II, edit. Publicacions de la Universitat Jaume I – Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2007, pp. 1407 a 1433.

actualmente se encuentra en tramitación ambiental, en aplicación de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Conforme a las directrices del PEIT el Plan Sectorial de Ferrocarriles incluirá diversos programas de inversión en infraestructuras e instalaciones: corredores de altas prestaciones; interoperabilidad de la red convencional; seguridad y mantenimiento de la red, y la integración ambiental del ferrocarril (23). Junto a ellas, deberá incorporar aspectos íntimamente relacionados con el componente prestacional: así sobre la planificación estratégica de las empresas públicas ferroviarias, o prever un esquema futuro de la oferta de servicios ferroviarios de viajeros y mercancías, así como la definición de maniobras de oferta de los operadores.

Pero aquél no será el único instrumento de planificación relativo al sector ferroviario elaborado en los últimos tiempos. Con carácter urgente se han presentado otros instrumentos al efecto, tales como el Plan de Seguridad de Pasos a Nivel, los Planes Estratégicos de ADIF, RENFE-operadora y FEVE, y el Plan estratégico de seguridad de RENFE-operadora.

---

(23) Es notable la preocupación generalizada de los Poderes públicos por el impacto medioambiental de los diferentes medios de transporte; un problema que ha de ser atacado desde diferentes frentes, y una realidad que es responsabilidad de todas las Administraciones públicas involucradas. Una de las últimas acciones comunitarias con este fin ha sido la puesta en marcha desde la Comisión de dos estudios que abordan directamente la cuestión del transporte sostenible. El primero de ellos, «Transporte y medio ambiente: un análisis integrado» (TRAENVIA), en el que participa España, se centrará en el Corredor Transeuropeo V ampliado —que discurre entre Lisboa y Kiev—, para evaluar y comparar el impacto medioambiental y socioeconómico de los distintos modos de transporte. El segundo aportará soluciones para reducir las emisiones y partículas atmosféricas en la región italiana de Lombardía. No en vano nos encontramos ante un sector, el de los transportes en su dimensión global, en el que se produce casi la tercera parte de todas las sustancias tóxicas y del CO<sub>2</sub> emitido a la atmósfera (en edición impresa del servicio digital de información de la Unión Europea —Aquí Europa— núm. 2483, de 21 de marzo de 2007). A principios del mes de noviembre ya se ha anunciado desde la Comisión Europea que Las políticas comunitarias de energía, cambio climático y transporte deberán entrelazarse durante los próximos meses para que la Unión Europea pueda cumplir con los objetivos marcados. El año 2008 comenzará con una propuesta de Libro Blanco relativa a la necesaria adaptación al impacto del cambio climático de los Estados miembros en todos los sectores. La Comisión Europea se ha propuesto prestar particular atención a las medidas que conduzcan a «hacer más verde» el sector del transporte. En materia ferroviaria, esta Institución propondrá además interesantes cambios, entre los que se incluyen propuestas legislativas de modificación de las normas vigentes (especialmente las directivas 91/440/CEE y 2001/14/CE). Todo ello con la meta política de contribuir al cumplimiento de los objetivos de Lisboa y simplificar los textos existentes.

### **3. El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. A) Ejecución progresiva de objetivos. B) La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte (SEITT)**

Con la Ley 39/2003 aparecerán en la escena ferroviaria nuevos protagonistas, personajes entre los que hay que destacar al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF). De acuerdo con las directrices de Derecho comunitario, en la conquista del nuevo modelo ferroviario sería necesaria la separación entre la gestión de las infraestructuras ferroviarias y la explotación de los servicios de transporte; obligatoria la separación contable quedando bajo criterios de voluntad de cada Estado miembro la disociación orgánica e institucional (24).

#### **A) La ejecución progresiva de objetivos**

Durante varios años, y a golpe de cambios puntuales en la normativa sectorial, se han ido acogiendo diversas medidas de política ferroviaria en este sentido. La primera se ellas vino de la mano del Estatuto de RENFE, cuando en 1994 fue aprobado un nuevo marco interno de actuación, un nuevo escenario en el que la empresa pública ferroviaria se estructuraría en diversas unidades orgánicas (25). Este nuevo esquema organizativo a través de sus unidades operativas y corporativas (las primeras destinadas a desarrollar funciones relativas a la gestión de los servicios de transporte, de infraestructuras y tracción, y las corporativas configuradas para apoyar, dirigir y coordinar las actividades de las unidades operativas) favorecería la especialización en la gestión, mejorando la calidad de los servicios, y la identificación de los ingresos y gastos de cada una de las unidades, medidas todas ellas encaminadas al saneamiento financiero. A pesar de aquella subdivisión de RENFE en Unidades de Negocio, el legislador estatal crearía en 1996 un nuevo ente *ad hoc*, al que se le encomendarían funciones de construcción y

---

(24) Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio.

(25) Al respecto, hay quienes han considerado durante años que no podía hablarse de una auténtica separación contable sin que se diese además, la separación orgánica; en este sentido, ver Diego LÓPEZ GARRIDO, en *La liberalización del transporte ferroviario*, Revista de Administración Pública, núm. 132, 1993, p. 420 y ss. De ahí que las unidades de negocio en las que se estructuraba RENFE desde mediados de los noventa, representarían únicamente una opción intermedia y de primera fase, augurando la necesidad de una verdadera división orgánica en empresas independientes, encargadas por un lado de la gestión de la infraestructura y por otro, de los servicios. Entre las nuevas unidades no podían faltar las relacionadas con las infraestructuras como la Unidad de Negocio de Mantenimiento de Infraestructuras, la Unidad de estaciones comerciales, o la Unidad de Negocio de Terminales de Mercancías, ésta última creada apenas unos meses antes de la desaparición de RENFE.

administración de las infraestructuras ferroviarias. Pero el Gestor de Infraestructuras (GIF) no acogería en bloque las funciones de gestión sobre la totalidad de las infraestructuras del ferrocarril, sino que únicamente se encargaría de la construcción y administración de las que le fuesen encomendadas por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Fomento (26).

Con la nueva Ley del Sector Ferroviario la entidad pública empresarial RENFE pasa a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), y desaparece el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias, subrogándose el nuevo Ente en todos sus derechos y obligaciones (Disposición Adicional 1ª y 2ª de la LSF). El ADIF es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, y se regirá por lo establecido en la Ley del Sector Ferroviario, en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, por su propio Estatuto (aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre), así como por las demás normas que le sean de aplicación (27).

---

(26) La primera de las líneas que le fue asignada, fue la Línea de alta velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, cuya construcción y administración fueron atribuidas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 1997. La segunda de ellas correspondía al corredor Norte-Noreste; exactamente la línea Madrid-Segovia-Valladolid /Medina del Campo. En esta ocasión primero fueron atribuidas las funciones de construcción (por acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 1998), y en apenas un año, las funciones de gestión y administración, por Acuerdo de 31 de julio de 1999. Se trata de la obra de ingeniería más grande de las efectuadas en nuestro país lo que se traduce en el posicionamiento de España a la cabeza de las infraestructuras mundiales (es el 5º túnel más largo del mundo). Un elemento esencial que dará el pistoletazo de salida para las líneas de alta velocidad que une el centro de nuestro país con las zonas norte y noroeste. Con fecha de 31 de julio de 1999, el Consejo de Ministros acordó la construcción y la administración por el GIF del acceso Málaga-Córdoba. El 17 de septiembre también de 1999, el Consejo de Ministros atribuyó la construcción y administración de la línea Madrid-Castilla la Mancha-Comunidad Valenciana-Murcia. El acceso de alta velocidad a la ciudad de Toledo fue acordado con fecha de 3 de agosto de 2001 (construcción y administración). Poco a poco se fueron ampliando aquellas adjudicaciones, o matizando en alguno de los casos, como en el supuesto de la línea Madrid-Zaragoza-Barcelona cuya administración pasó a ser encomendada a RENFE tras las irregularidades caecidas durante las obras de construcción llevadas a cabo por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias en el otoño del año 2002.

(27) La configuración del ADIF como entidad pública empresarial, de las reguladas en el artículo 43.1.b) y artículos 53 y siguientes de la LOFAGE, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina administrativista; no en vano se trata de una empresa cuyas funciones principales serían las de la construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias, un tanto lejanas a aquellas otras referidas en el artículo 53.1 de la Ley 6/1997, «gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación»: ver Eloisa CARBONELL PORRAS en *La entidad pública empresarial «administrador de infraestructuras ferroviarias»* (ADIF), en la obra colectiva *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, ob. cit., pp. 221 a 225.

Su objeto principal es la administración y construcción de infraestructuras ferroviarias. Desde el texto de la Ley se describe la función de administración como un *servicio de interés general y esencial para la comunidad*, que entraña el *mantenimiento y la explotación de las infraestructuras ferroviarias, así como la gestión de su sistema de control, de circulación y seguridad* (artículo 19 de la LSF). En esta ocasión, y tomando como precedente la normativa reguladora del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (véase su Estatuto aprobado por Real Decreto 618/1997), el legislador ha conformado como actividades integrantes de la función principal de *administrar las infraestructuras*, únicamente las relativas al mantenimiento, explotación y gestión de sus sistemas de seguridad y control, concediendo autonomía a la función de construcción. Una opción dispar respecto a la reflejada en las disposiciones que regulaban la actuación de RENFE, entre cuyas normas estatutarias se incluirían bajo el paraguas funcional de la administración, tanto a las acciones de mantenimiento y explotación de las infraestructuras como a las relativas a su construcción. El tratamiento que el legislador concede a la administración y a la construcción de las infraestructuras, llevaría a cuestionarnos si realmente la función de construcción no representaría un auténtico servicio de interés general y esencial para la Comunidad, teniendo en cuenta además que dicha catalogación será considerada también respecto al transporte ferroviario. El ADIF administra la casi totalidad de la red ferroviaria de interés general (RFIG). Actualmente, lo hace en régimen comercial sobre las nuevas líneas de alta velocidad y ancho internacional (UIC —1.435 m—): Madrid-Sevilla, con el ramal de acceso a Toledo; Córdoba-Málaga, del corredor de Andalucía; Madrid-Segovia-Valladolid; Madrid-Zaragoza-Huesca; Madrid-Zaragoza-Lleida-Camp de Tarragona, correspondiente a la Línea de Alta Velocidad (LAV) Madrid-Barcelona-Frontera Francesa; y por encomienda del Estado, la red convencional de ancho ibérico (—1.676 m—, con un total de 11.780 Km) (28).

---

(28) El 16 de febrero de 2007 se firmó el primer Contrato-programa entre el ADIF y la Administración General del Estado para el periodo 2007-2010, conforme a las directrices de la nueva normativa (ver artículo 22 de la LSF y art. 42 del Reglamento sectorial). Hasta ese momento las relaciones entre ellos se habían regulado a través de dos convenios, correspondientes a los años 2005 y 2006. El ámbito de aplicación del Contrato-programa es la red ferroviaria de titularidad estatal administrada por el ADIF e integrada en la RFIG. En este documento se incluyen las obligaciones y compromisos relativos a la administración de la red, así como a la ejecución de inversiones que el Ministerio de Fomento irá encomendando al Administrador tanto sobre la red convencional como sobre la de altas prestaciones de las que es titular (encomienda que se irá efectuando mediante resoluciones de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, previa autorización del Consejo de Ministros). Inversiones correspondientes a las terminales de mercancías, a la red y estaciones de cercanías, actuaciones para la mejora de la seguridad y la funcionalidad de la red (como la supresión de pasos a nivel), así como otras relativas a los ejes de altas prestaciones de la red de titularidad estatal, entre las que se incluyen las relativas a la línea de alta velocidad Madrid-Galicia (concretamente la construcción del tramo Orense-Santiago de Compostela). El

El ADIF es además responsable de la construcción de nuevas líneas por encargo del Estado, ya sean de su titularidad, financiadas con sus propios recursos, o de titularidad del Estado, con recursos presupuestarios. En la actualidad, se encuentran en fase de construcción o/y pruebas los tramos Camp de Tarragona-Barcelona y Barcelona-Figueras de la línea Madrid-Barcelona-Frontera francesa; las líneas del corredor Madrid-Comunidad Valenciana-Murcia; los túneles de Pajares; y el tramo Orense-Santiago del corredor Noroeste (29).

## **B) La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte (SEITT)**

Al hilo de las reflexiones sobre administración y construcción de infraestructuras ferroviarias, y con el propósito de ofrecer una visión de conjunto desde el momento actual, no podía olvidarme de una nueva empresa creada al amparo del Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte de julio de 2005: la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, Sociedad Anónima: la SEITT.

Se trata de un nuevo ente público dependiente del Ministerio de Fomento que se creó en el otoño de 2005 y que tiene entre sus principales objetivos la realización de proyectos, la construcción, conservación, explotación y promoción de las infraestructuras de transporte, carreteras y ferrocarril de titularidad estatal por cuenta de la Administración General del Estado, que le sean encomendadas (30). Podrá realizar convenios de colaboración con otras Administraciones Públicas, así como con entidades que dependan de aquéllas, en ejercicio de la competencia que les corresponda en materia de infraestructuras del transporte terrestre (entre ellas, las ferroviarias). Una sociedad mercantil pensada además para agilizar los trámites que requiere toda obra pública hasta ser licitada (31). Para el desarrollo de las actividades para la que ha sido concebida, la entidad sitúa entre sus propósitos principales la búsqueda de fórmulas nuevas de participación de capital privado en la financiación de grandes obras de infraestructura.

---

desarrollo del contrato-programa será supervisado por una *Comisión de Seguimiento ad hoc*, conformada por representantes de los Ministerios de Fomento, de Economía y Hacienda y por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias.

(29) Datos del mes de diciembre de 2007.

(30) La SEITT, SA, se constituyó mediante escritura pública otorgada el 30 de noviembre de 2005, e inscrita en el Registro Mercantil el 22 de diciembre de ese mismo año, con un capital inicial de 500 millones de euros.

(31) Un objetivo de simplificación en el ámbito de la gestión contractual que hoy resulta generalizado a través de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre).

Consciente de que los presupuestos de inversión pública cada vez están más sujetos a las reglas del *déficit cero*, el legislador consideró directamente entre las disposiciones de la Ley del Sector Ferroviario la posibilidad de que el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, responsable de la administración y construcción de las infraestructuras, acudiese a fórmulas que incentivasen la financiación privada en tales cometidos. En esta línea, se situó en el nuevo contrato de concesión de obras públicas el mejor modelo para ello (Ley 13/2003, de 23 de mayo) (art. 22.5 de la LSF). Aunque, desde una perspectiva crítica, quizá la redacción ofrecida desde la Ley sectorial no fuese la más idónea, por cuanto considera objeto del contrato de concesión de obras públicas a «[...] la construcción o administración de infraestructuras ferroviarias», siendo más apropiado hablar de «construcción y administración o solo administración de las infraestructuras del ferrocarril» (32).

Ha sido principalmente sobre estos objetivos, entre propósitos de estimulación de la iniciativa privada en el sector de las obras públicas, y de agilización de los trámites administrativos en los procesos de licitación y adjudicación de este tipo de obras, la forma en la que tuvo su presentación en la escena del transporte la nueva Sociedad Estatal (SEITT). De esta forma, nos encontramos con unas infraestructuras ferroviarias de titularidad del Estado, que habrán sido construidas y serán administradas por el ADIF y otras, en cambio, por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (33).

---

(32) Véase el artículo 22 de la LSF:

«[...] 5. El administrador de infraestructuras ferroviarias podrá realizar la construcción o administración de infraestructuras ferroviarias mediante la celebración del oportuno contrato de concesión de obras públicas, que se regirá por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las especificaciones previstas en la presente Ley. En este caso, el administrador de infraestructuras ferroviarias será responsable del resultado de la actividad que realice el concesionario.

En el pliego de cláusulas administrativas que rija el contrato podrá preverse que el concesionario sea retribuido por la ejecución de la obra mediante el precio que abonen los usuarios por la utilización de las infraestructuras, por los rendimientos procedentes de la explotación de las zonas comerciales vinculadas a ellas o por la realización de actividades complementarias como el aprovechamiento de establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, aparcamientos de vehículos o establecimientos de ocio o recreo y, en su caso, mediante las aportaciones que pueda realizar el propio administrador de infraestructuras ferroviarias.»

(33) Sin perjuicio de que hoy en día es RENFE Operadora la encargada de la gestión integrada y de la administración de las estaciones de cercanías, por encomienda del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, de acuerdo al Convenio celebrado entre las dos entidades (Resolución de 26 de enero de 2006, de la Secretaría General de Infraestructuras, por la que se dispone la publicación del Convenio de encomienda referido).

### III. GARANTÍAS DE ACCESO Y LA DECLARACIÓN SOBRE LA RED: REQUISITOS PREVIOS PARA INSTAURAR LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FERROVIARIO

En los diferentes sectores que se sirven de infraestructuras en red, como el ferroviario, en los que durante décadas se ha dado cita un operador dominante en el ámbito prestacional, que además era titular del componente físico, se ha acudido en los últimos tiempos al diseño de principios como el *derecho de acceso*, en vistas de abrir ese mercado a una pluralidad de agentes. Un derecho a acceder a la infraestructura a favor de los nuevos operadores, que se convierte en un requisito imprescindible entre los «sectores económicos» caracterizados por un escenario monopolístico, pero que en los últimos tiempos se han visto afectados por el fenómeno de la liberalización (34). Las restricciones en el acceso a la infraestructura se traducirían en auténticas barreras para la prestación de estos servicios, unas actividades abiertas ahora a las reglas de mercado.

En el nuevo modelo ferroviario, el Estado asume la responsabilidad sobre el desarrollo, construcción y administración de la infraestructura; el componente físico ferroviario es de competencia pública, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros sectores como las telecomunicaciones o el sector eléctrico. La presencia de una única infraestructura y la pretensión de conceder pluralidad al elemento subjetivo, nos ha llevado a acudir a principios de ordenación entre los que se da cita el denominado *derecho de acceso a la infraestructura* ferroviaria; un principio que actuará como ingrediente de conciliación en grado máximo entre las normas reguladoras de los servicios sometidos al juego del libre mercado, y el mantenimiento del monopolio en relación a sus infraestructuras.

Pero las infraestructuras ferroviarias tienen una capacidad limitada, y su uso deberá ser regulado si pretendemos conseguir un sector verdaderamente competitivo en la prestación de los servicios ferroviarios, y que la apertura del mercado sea un hecho y no una mera intención. En esta línea, el legislador es consciente de la necesidad de garantizar el acceso a la infraestructura ferroviaria respetando en todo momento los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (art. 2, letra h de la Ley del Sec-

---

(34) En relación al fenómeno de la liberalización, y concretamente en el ámbito de los transportes, resultan interesantes las reflexiones realizadas a finales de los noventa y presentadas en el estudio elaborado por los profesores Isabel DE LOS MOZOS TOUYA y Jose Antonio GARCÍA DE COCA, *Liberalización del transporte en España. Alcance y expectativas*, en *Privatización y liberalización de servicios*, obra colectiva dirigida por el profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ, Universidad Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.



tor Ferroviario). Fue así, cómo desde instancias comunitarias se diseñaron diversos instrumentos con el fin de conseguir que la adjudicación de capacidad de infraestructura disponible en un momento determinado, se llevase a cabo sobre la base de tales principios (35). Entre aquellas normas de Derecho derivado del primer paquete ferroviario, en su reforma de 2001, se incluirían las relativas al procedimiento de adjudicación de capacidad, sin duda imprescindible, al sistema de fijación de precios por su uso (cánones por la utilización de las infraestructuras), y certificados de seguridad, circunstancias todas ellas que se incluirían en la nueva «Declaración sobre la red» (*Network Statement*). Un documento con el que el administrador de infraestructuras ferroviarias dejaría constancia de forma detallada de las características de la red, de la capacidad de cada tramo, de las condiciones de acceso, así como de los procedimientos y criterios de adjudicación de la infraestructura; una herramienta con la que se daba a conocer públicamente a los operadores potenciales las condiciones del «campo de batalla» sobre el que se desarrollarían posteriormente las actividades de transporte ferroviario (Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero).

Siguiendo los parámetros de Derecho comunitario, la Ley del Sector Ferroviario incluiría entre sus disposiciones la Declaración de la red (artículo 29). Directrices que han sido completadas a través del Reglamento de desarrollo del sector Ferroviario, y principalmente mediante Orden del Ministerio de Fomento 897/2005, de 7 de abril (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2005). En marzo del año 2007 se presentó por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, como entidad facultada al efecto, la actualización de la Declaración sobre la Red, una adaptación del contenido de las ediciones anteriores (2005 y 2006) al modelo común presentado con fecha de 30 de marzo de 2006 por la organización europea de administradores de infraestructuras (*Rail Net Europe —RNE—*).

---

(35) Artículos 3 y 10.1 de la Directiva 95/19, ya derogada, y Directiva 2001/14/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero. Principios de los que se ha hecho eco la nueva regulación ad hoc: tanto en la LSF, como en su Reglamento de desarrollo, así como en la Orden ministerial sobre la declaración sobre la red y adjudicación de capacidad (aprobada por el Ministerio de Fomento con fecha de 7 de abril de 2005), se instituyen como esenciales a la hora de acordar, determinar y garantizar el acceso a la Red Ferroviaria de Interés General (artículo 2 letra h) de la LSF, art. 46 del RSF y art. 15 de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril).

#### **IV. DATOS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN EN EL SECTOR: NUEVAS EMPRESAS CON VOCACIÓN FERROVIARIA**

Una de las consecuencias inmediatas de la aceptación de principios de liberalización en el sector ferroviario, en el sentido de introducir competencia en los servicios ferroviarios (lo que sería una liberalización parcial y progresiva del sector), ha sido la necesaria configuración de fórmulas jurídicas que garantizaran la aceptación de nuevos operadores en un ámbito hasta ese momento monopolizado, sin detrimento de otros intereses que se dan cita en el sector. Intereses de la generalidad que reivindicarán la presencia de las Administraciones públicas, y cuyo grado de intervención vendrá delimitado desde las nuevas normas sectoriales. Una nueva regulación para un nuevo ferrocarril.

Desde una perspectiva de mercado, los servicios ferroviarios son en sí mismas actividades económicas (estamos ante una actividad de transporte), pero no podemos negar que construir en un espacio geográfico concreto una red ferroviaria eficiente, y prestar sobre ella unos servicios en condiciones de calidad y seguridad, se traducirá en parámetros económicos y sociales. Aumentará la fluidez en las relaciones de la masa social de un lugar a otro, valores como el empleo se verán alterados (incrementa la disponibilidad de la población para desplazarse), decisiones de localización industrial podrán verse afectadas, en definitiva, la distancia geográfica y física entre dos puntos «desaparece», y sus efectos negativos se minimizan. Criterios que han sido tenidos en cuenta por el legislador a la hora de regular el sector ferroviario. Se consagra un escenario en el que deben convivir condiciones de competencia, que instarán a terceros operadores a participar en él, con normas de intervención pública puesta la vista en asegurar su correcto funcionamiento.

Centrándonos en su aspecto prestacional, el transporte ferroviario ha sido calificado como un servicio de interés general y esencial para la Comunidad (artículo 42 de la LSF), sin perjuicio de aquellos otros servicios de transporte que adquieran la condición de servicios de interés público (por acuerdo del Consejo de Ministros y siempre que reúnan condiciones de oportunidad —artículos 53 y 54 de la Ley—). Se abandona la vieja categorización de aquél como servicio público, pero el propósito de introducir competencia en el sector no podía hacerse a cualquier precio. La actuación pública en un marco de monopolio a través de medios de explotación directos o indirectos (concesiones), deja paso ahora a una nueva actuación desde las Administraciones públicas; actividad que encuentra en títulos de intervención como las licencias y autorizaciones su mejor exponente. Las empresas que deseen participar en el mercado del transporte por ferrocarril deberán contar previamente con la licencia (como empresa ferroviaria), o habilitación oportuna, con un

certificado de seguridad (que garantice la prestación de los servicios en condiciones de seguridad suficientes), y con la capacidad de red para la puesta en marcha de sus actividades (36). Un modelo en cuyo diseño se han incorporado, como vemos, diversos métodos de intervención pública (37).

Desde que se aprobase la nueva Ley del sector varias han sido las empresas interesadas en conseguir primero su condición como empresa ferroviaria (licencia), o el título de habilitación oportuno, así como el certificado de seguridad exigido para presentar la solicitud de capacidad de infraestructura, y con ella, lograr su uso mediante la prestación real de servicios de transporte ferroviario de mercancías. Todo un desfile de solicitudes ante el Ministerio de Fomento se ha sucedido a lo largo de estos tres años desde la entrada en vigor de la nueva Ley del Sector Ferroviario, el uno de enero del año 2005. Veamos en el siguiente cuadro cuál es la situación actual (38):

---

(36) Será condición sine qua non para participar en el sector la previa adjudicación de surcos o franjas horarias sobre la infraestructura ferroviaria, adjudicación que podrán solicitar las empresas que previamente tengan la categoría de empresas ferroviarias, así como otros candidatos. Los agentes de transporte, cargadores y operadores de transporte combinado que, sin tener la consideración de empresas ferroviarias, y estén interesados en la explotación de un servicio ferroviario podrán igualmente solicitar capacidad de red (art. 31 de la LSF); en esta línea se sitúan además las agrupaciones empresariales internacionales constituidas por las empresas con licencia, y las Administraciones Públicas con competencia en materia de transporte.

(37) Como regla general, las licencias y certificados de seguridad serán otorgadas por el Ministerio de Fomento, mientras que la adjudicación de capacidad de infraestructura será competencia del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. Hoy en día el otorgamiento del certificado de seguridad se efectúa a través de la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento, conforme a las disposiciones de la LSF y del Reglamento sobre seguridad en la circulación de la RFIG (RD 810/2007, de 22 de junio), pero durante estos tres años ha sido el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias quien se encargaba de tales cometidos (Disposición Transitoria segunda del Reglamento del Sector Ferroviario).

(38) Datos a fecha de 31 de enero de 2008. Como vemos, pronto podremos contar con nuevas empresas ferroviarias; en esta línea, las empresas *Ferrocarriles del Suroeste* y *Logitren Ferroviaria* presentaron a finales del pasado mes de diciembre de 2007 la solicitud de licencia como empresa ferroviaria, ante la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento para llevar a cabo transporte de mercancías, un propósito al que se suma la Corporación General de Transportes de FCC. *Logitren Ferroviaria*, es una empresa perteneciente al grupo empresarial valenciano Torrescámara y Compañía de Obras, dedicado fundamentalmente a la construcción. Por su parte, *Ferrocarriles del Suroeste* es propiedad del grupo extremeño Alfonso Gallardo, que centra su actividad en el sector siderúrgico, y de la constructora andaluza Gea 21, y que actualmente está desarrollando varios proyectos ferroviarios de líneas metropolitanas y de alta velocidad, como la construcción y explotación del Metro de Sevilla. Pero lo cierto es que nadie quiere perder el tren en un mercado que se adivina optimista, tal y como lo demuestran los datos reales de no pocos operadores potenciales, y en esta línea, el pasado 29 de enero, la Generalitat de Catalunya ha aprobado la creación de una nueva sociedad anónima filial de la empresa pública «*Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya*» (FGC), con el objetivo principal de conseguir primero una licencia ferroviaria y así poder operar en infraestructuras que no sean de titularidad de la Comunidad Autónoma.

<p>Empresas que cuentan con licencia de empresa ferroviaria</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• RENFE-Operadora (07/10/2005)</li> <li>• Comsa Rail Transport, S.A (Grupo Comsa) (07/10/2005)</li> <li>• Continental Rail, S.A (Grupo ACS) (21/10/2005)</li> <li>• Acciona Rail Services, S.A (Grupo Acciona) (13/06/2006)</li> <li>• Activa Rail, S.A (Grupo Transfesa) (04/07/2006)</li> <li>• Tracción Rail, S.A (Grupo Azvi) (24/07/06)</li> <li>• Eusko Trenbideak — Ferrocarriles Vascos, S.A (24/08/06)</li> <li>• Arcelor Mittal Siderail (Grupo siderúrgico Arcelor Mittal)</li> </ul>
<p>Empresas que están tramitando la petición de licencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Corporación General de Transportes —CGT, S.A — (Grupo FCC)</li> <li>• Ferrocarriles del Suroeste (Grupo Alfonso Gallardo)</li> <li>• Logitren Ferroviaria (Grupo Torrecámara y Cía. S.A)</li> </ul>
<p>Empresas que cuentan con habilitación o título habilitante como candidato para la adjudicación de capacidad de infraestructura</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Transfesa</li> <li>• Logística y Transporte Ferroviario (Grupo ACS)</li> <li>• Container Train</li> </ul>
<p>Empresas en trámite de habilitación o título habilitante de candidato para la adjudicación de capacidad de infraestructura</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conterail</li> <li>• Pecovasa</li> <li>• Tramesa</li> </ul>
<p>Empresas con certificado de seguridad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• RENFE Operadora (para todas las líneas de la RFIG) (Fecha: 30/06/2006)</li> <li>• Continental Rail, S.A (Grupo ACS) (Madrid/Valencia: fecha 24/11/2006) (Madrid/Gijón: fecha 29/06/2007)</li> <li>• Acciona Rail Services (Grupo Acciona) (Tramo Gijón/León: fecha 26/12/2006)</li> <li>• Comsa Rail Transport (Grupo Comsa) (Madrid/Gijón: 29/06/2007)</li> </ul>

Pero sería durante el primer trimestre del año 2007 cuando por fin se pudo comprobar la puesta en acción de premisas liberalizadoras en el sector ferroviario dentro de nuestras fronteras. Con fecha de 28 de enero, la empresa «Acciona Rail Services, S.A.», iniciaba sus operaciones entre el puerto de Gijón y La Robla, convirtiéndose así en la primera empresa ferroviaria privada que participa en el sector para prestar servicios de transporte de mercancías (nacionales). Muy pronto, el 15 de febrero la empresa Constr-rail (participada por RENFE Operadora y Continental Rail, S.A) iniciaba el transporte regular de contenedores entre el puerto de Valencia y Madrid (39). Ambas empresas disponen de su propio material de tracción y el caso de Acciona cuenta con 32 vagones propios y Constr-rail utiliza contenedores propiedad de RENFE-Operadora.

## V. RECAPITULACIÓN

No han transcurrido en balde los tres años, tanto desde el sector normativo, como en la realización de infraestructuras. Desde la habilidad de convenios por desarrollar la notoriedad en el sector por parte de empresas como RENFE-Operadora, así como la efectiva puesta en marcha de servicios de transporte por los nuevos operadores emergentes, son algunas muestras de que este «tren» ya abandonó la estación comenzando un viaje que se advina apasionante.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BOUAZZA ARIÑO, Omar y RIVAS CASTILLO, María Isabel, *La intermodalidad en el transporte: un impulso comunitario que involucra a las Administraciones estatal y autonómica*, en «Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente», Tomo II, edit. Publicacions de la Universitat Jaume I – Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón de la Plana, 2007.

---

(39) Ante los cambios previstos, desde que se aprobase la nueva normativa ferroviaria, la entidad RENFE-Operadora, creada al efecto para la prestación de servicios ferroviarios de la ya desaparecida RENFE, ha desarrollado una estrategia sobre la política de alianzas con sus competidores. Entre otros, con los tres grupos empresariales más activos: ACS, Transfesa y Acciona. Junto a la empresa Acciona y a la Autoridad Portuaria de Barcelona se ha creado una empresa para la explotación del corredor ferroviario desde el Puerto Seco de Zaragoza; con la empresa ACS se ha constituido la entidad Constr-rail; y con Transfesa, en la que cuenta con una cartera de algo más del 20% de su capital.

- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, *El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos*, en «Revista General de Derecho Administrativo», núm. 1, noviembre 2002, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), Revista en línea.
- CARBONELL PORRAS, Eloisa, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, AGISA, Madrid, 1993.
- La entidad pública empresarial «administrador de infraestructuras ferroviarias» (ADIF)*, en la obra colectiva «El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario», VVAA (Coordinado por el profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS), editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel y GARCÍA DE COCA, Jose Antonio, «Liberalización del transporte en España. Alcance y expectativas, en Privatización y liberalización de servicios», obra colectiva dirigida por el profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ, Universidad Autónoma de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael, *Transporte, sostenibilidad social y sostenibilidad energética*, en «Jornadas sobre desarrollo sostenido y sostenible», Fundación Iberdrola, Madrid, diciembre 2002.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, *La liberalización del transporte ferroviario*, «Revista de Administración Pública», núm. 132, 1993,
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Transportes*, integrado en la obra «Derecho Administrativo Económico», Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, edit. La Ley, Madrid, 1988-1991
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, en «Revista de Administración Pública», núm. 49, 1966.
- NAVARRO PALACIOS, Manuel, *Colaboración y coordinación*, en la obra colectiva VVAA *Desarrollo del principio de colaboración en el Estado de las Autonomías*, VII Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coordinación Carmen CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla 2004.
- PÉREZ DEL CAMPO, Pedro, *La aportación del ferrocarril a un consumo energético sostenible*, en «Revista Física y Sociedad», Colegio Oficial de Físicos, Otoño 2002, X Aniversario del Congreso Nacional del Medio Ambiente.
- RIVAS CASTILLO, Maria Isabel, *Régimen Jurídico de las Infraestructuras Ferroviarias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

- *Infraestructuras ferroviarias de titularidad privada* en la obra colectiva «El régimen jurídico del Sector ferroviario: comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario», VVAA (Coordinado por el profesor Javier GUILLÉN CARAMÉS), editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- *Objeto y finalidad de la Ley del Sector Ferroviario*, en la obra colectiva «El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario —Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario—», Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

## ANEXO I

### RED DE INTERÉS DEL ESTADO. LONGITUD DE LA RED, SEGÚN CARACTERÍSTICAS DE LAS LÍNEAS. AÑO 2005

#### 1) RED FERROVIARIA ADMINISTRADA POR ADIF

Red	Red titularidad del Estado (ancho ibérico) <sup>1</sup>			Red titularidad ADIF (ancho UIC)		TOTAL	
	Vía única	Vía doble	Total	Vía doble	Vía única	Vía doble	Total
Características							
Electrificadas	3.611	2.903	6.514	1.010	3.611	3.913	7.524
No electrificadas	5.236	30	5.266	–	5.236	30	5.266
TOTAL	8.847	2.933	11.780	1.010	8.847	3.943	12.790

<sup>1</sup> Esta red incluye 18 Km. de línea de ancho métrico, que no se incluyen en el cuadro. Los 21 Km. de tramo de línea con tercer carril se contabilizan en vía única electrificada.

#### 2) RED FERROVIARIA DE ANCHO MÉTRICO – FEVE

Características	Vía única	Vía doble	Total
Electrificación	242	150	392
Sin electrificar	877	0	877
TOTAL	1.119	150	1.269

# LOS PRINCIPIOS QUE LIMITAN LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

M<sup>ª</sup> DEL MAR DE LA PEÑA AMORÓS

**SUMARIO:** I. CONCEPTO DE AUTONOMÍA FINANCIERA.— II. PRINCIPIOS QUE LIMITAN LA AUTONOMÍA FINANCIERA: 1. Principio de coordinación— A) Concepto. B. El Consejo de Política Fiscal y Financiera. 2. Principio de solidaridad: A) Generalidades. B) Contenido de la solidaridad. C. Mecanismos para lograr la solidaridad.— BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** Las Comunidades Autónomas gozan de autonomía financiera para el ejercicio de sus competencias, tal y como señala el artículo 156 de la Constitución. Sin embargo, tal autonomía está limitada en el propio texto constitucional por dos principios, que son el principio de coordinación y el de solidaridad. Dedicaremos este trabajo a analizar qué debemos entender por autonomía financiera. Tras ello estudiaremos el principio de solidaridad y el de coordinación.

**Palabras clave:** financiación autonómica; autonomía financiera; principio de coordinación; principio de solidaridad.

**ABSTRACT:** According to article 156 of the Spanish Constitution, Autonomous Regions or Devolution Territories enjoy financial autonomy in order to properly exercise their powers. Nevertheless, such autonomy is limited by the Constitution on the base of two principles: coordination and solidarity. In this paper it will be analysed what should be understood by «financial autonomy», as well as coordination and solidarity.

**Key words:** funding of Autonomous Regions or Devolution Territories (CCAA); financial autonomy; coordination; solidarity.

## I. CONCEPTO DE AUTONOMÍA FINANCIERA

La Constitución Española de 1978 en su artículo 156.1, afirma que «las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles». Es com-



plejo determinar qué se entiende por autonomía financiera, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia han elaborado una conclusión clara acerca del contenido y los límites de este principio constitucional. Se llegó incluso a afirmar, en relación con lo preceptuado en el proyecto constitucional, la ambigüedad y falta de precisión del concepto (1). Señala PALAO TABOADA (2) que «el proyecto constitucional emplea el término «autonomía» para expresar la posición de las regiones frente al Estado. Se trata, sin embargo, de un concepto de contenido indeterminado, cuya equivocidad y relatividad han sido puestas de relieve por la doctrina. (...) Y la misma imprecisión y relatividad presenta el concepto de autonomía si se le añade el calificativo de «financiera», como lo hace el artículo 150 del proyecto de Constitución». Se constata así que no existe una idea clara de donde radica la autonomía financiera y de cuál es su contenido mínimo.

Por su parte, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA) tampoco nos da un concepto de autonomía financiera, sino que se limita, en su artículo 1, a transcribir lo señalado por la Constitución (3). Una aproximación genérica, al ya mencionado concepto, la encontramos en la Exposición de Motivos del Proyecto de la LOFCA presentado por el gobierno a las Cortes Generales. El texto citado señala lo siguiente: «El presente proyecto de Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas se halla articulado alrededor de la idea de autonomía financiera, entendiendo por tal la capacidad de las Comunidades Autónomas para decidir tanto la estructura como el nivel de prestación de los servicios públicos, cuya competencia hayan asumido por entender que una situación en la que faltase cualquiera de ambos requisitos difícilmente podría calificarse de autonomía financiera» (4).

---

(1) Vid. SIMÓN ACOSTA, Eugenio «La proyectada autonomía financiera regional» en *Estudios sobre el proyecto de constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 589.

(2) PALAO TABOADA, Carlos *La hacienda regional y el proyecto de Constitución*. Universidad de Zaragoza, 1978, pp. 10 y 11.

(3) Artículo 1.1 LOFCA «Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, les atribuyan las Leyes y sus respectivos Estatutos».

(4) El proyecto se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66, de 11 de julio de 1979, pp. 285-286. Concluye la citada exposición diciendo que «En efecto, si las Comunidades Autónomas no pudieran decidir acerca de la composición de los servicios prestados debiendo plegarse a lo determinado por la Hacienda estatal, estarían operando simplemente como agentes delegados en un esquema de descentralización del gasto. Si pudiesen decidir sobre la composición del gasto, pero no en cuanto a su nivel absoluto, pese a que su margen de libertad sería notablemente mayor que en el supuesto anterior, carecerían todavía de un importante atributo de la autonomía financiera cual es la capacidad de imposición y, por consiguiente, de decisión acerca del volumen de gasto público.

El margen de amplitud que el presente proyecto de ley ofrece por la forma en que se articulan los recursos, permite graduar, a voluntad de cada Comunidades Autónomas, la dosis de autonomía financiera deseada en cada momento según sean sus particulares deseos y situación. Con

Dada la falta de precisión, que tanto la Constitución como la LOFCA, presentan en relación con el contenido de la autonomía financiera, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la constitución, se ha visto forzado, en muchas ocasiones, a realizar una interpretación sobre qué se entiende por tal. Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en relación con este concepto, observamos que se ha ido creando un cuerpo de doctrina en el que aparecen una serie de notas que la caracterizan, y que si bien, no son un concepto propiamente dicho, sí que ayudan a configurar cuál es su contenido mínimo. Tales notas son las siguientes:

1º La autonomía financiera tiene un carácter instrumental. Esto se observa, tanto en el art. 156.1 CE, como en el art. 1 LOFCA, en los que se afirma, que tal autonomía la tienen «para el desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la CE, les atribuyan las leyes y sus respectivos Estatutos». Señala expresamente, el Fundamento Jurídico 13º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, «la Constitución concede autonomía financiera a las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias (art. 156.1), lo que permite admitir la facultad de aquéllas para utilizar también el instrumento fiscal —como parte integrante de su autonomía financiera— en la ejecución y desarrollo de todas las competencias que hayan asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, y respecto de las cuales dicha utilización sea necesaria. Con ello hay, en definitiva, un implícito reconocimiento constitucional del principio de instrumentalidad fiscal en la esfera de la imposición autonómica» (5). Este carácter instrumental de la autonomía financiera se ha puesto de relieve también por parte de la doctrina (6).

---

ello se asegura también que el tránsito desde el actual esquema de financiación pública centralizada a través de la Hacienda estatal, hasta un esquema de financiación múltiple, constituye un proceso en el tiempo que tiene idénticas posibilidades finales para todos, pero éstas pueden alcanzarse con ritmos diferentes decididos en cada caso por sus protagonistas».

(5) Este carácter instrumental se pone de manifiesto en otras muchas Sentencias del Tribunal Constitucional entre las que destacamos:

La Sentencia 201/1988, de 27 de octubre en su fundamento jurídico 4º señala que «la autonomía financiera en los artículos 156.1 de la Constitución y 1.1 LOFCA exige la plena disposición de medios para poder ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas».

El Tribunal vuelve a destacar la instrumentalidad de la autonomía en su Sentencia 14/1989, de 26 de enero que en su fundamento jurídico 2º señala que «si bien esta autonomía garantiza la plena disposición de medios financieros, ello no supone que esta potestad de gasto permita a las Comunidades Autónomas financiar o subvencionar cualquier clase de actividad, sino tan sólo aquellas sobre las cuales tengan competencias, pues la potestad de gasto no es título competencial que pueda alterar el orden de competencias diseñado por la CE y los Estatutos de Autonomía, y así bien claramente lo establece el artículo 1.1 LOFCA».

(6) Vid. MARTÍN QUERALT, J. en «La institucionalización de la hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía», *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, p. 116, señala que se debe «... devol-

2º La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas debe traer consigo la inexistencia de condicionamientos indebidos, lo que supone que exista una plena disposición de medios financieros. En este sentido encontramos el Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero, en la que se pone de relieve, que «la autonomía financiera... exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer sin condicionamientos indebidos, y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas». Esta dependencia de la existencia de autonomía financiera, por parte de las Comunidades Autónomas, con el hecho de que éstas tengan medios suficientes para llevar a cabo sus competencias, se ha constatado también por CASADO OLLERO (7).

Además, el hecho de que dicha autonomía se ejerza sin condicionamientos implica también la exclusión de controles. En el Fundamento Jurídico 11º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, se manifiesta, que en principio, las actuaciones de la Administración Autonómica no deben ser controladas por la Administración del Estado, y sólo son admisibles los controles previstos en la Constitución y en la LOFCA.

---

ver al concepto de autonomía financiera su carácter fundamentalmente instrumental, muchas veces enturbiado en el apasionamiento del debate político. La autonomía financiera es un método fundamental ciertamente, predispuesto para la consecución de determinados objetivos».

Vid. RAMALLO MASSANET, J. en «Incidencia de la Constitución Española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas», en *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 108, establece como nota característica del principio de autonomía financiera que «la finalidad de la autonomía financiera es «para el desarrollo y ejecución de sus competencias». Una vez más, se ha puesto el acento en la función instrumental de la Hacienda configurándola como actividad medial de sus competencias finales sustantivas, en lugar de configurarla como competencia ella misma, como se hace con el Estado,...».

Vid. MARTÍN QUERALT, J. «Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia tributaria», en AAVV, *La Constitución española y otras fuentes de derecho*, IEF, Madrid, 1979, volumen II, p. 1315.

(7) Señala CASADO OLLERO, Gabriel (en *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*. Publicaciones del Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Granada, 1981, p. 3.) que «... puede anticiparse que el techo mínimo de exigencias que requiere la atribución de autonomía financiera a las Comunidades Autónomas, para no vanificar su proclamada autonomía política, está en el reconocimiento a dichos entes de suficiencia de medios para la actuación de una política regional autónoma. Es, pues, la suficiencia de recursos el requisito mínimo que demanda la autonomía financiera del ente regional, aunque es claro que aquel elemento no basta por sí solo para justificarla».

En el mismo sentido, CARRERA RAYA, F.J. «Observaciones sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional». *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 62, 1991, pp. 345 y 346. LUEIRO LORES, M. «Apuntes para un nuevo sistema de Haciendas Territoriales», *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 37, 1983, p. 87. VÍBORAS JIMÉNEZ, J.A., «La hacienda en el Estatuto de Andalucía», *Papeles de Economía de las Comunidades Autónomas*, núm. 1, 1980, pp. 170 y 174.

3º La autonomía comprende las distintas vertientes de lo que generalmente se considera actividad financiera (8). El Tribunal Constitucional, en Sentencia 179/1987, de 12 de noviembre, Fundamento Jurídico 2º, señala que la «autonomía financiera supone la propia determinación y ordenación de los ingresos y gastos necesarios par el ejercicio de sus funciones» (9). La autonomía financiera ha de predicarse de las dos vertientes que forman parte de la actividad financiera, los gastos y los ingresos. La autonomía financiera de gasto supone, tal y como pone de relieve el propio Tribunal (10), que «las Comunidades Autónomas... puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos, con independencia de cuáles hayan sido las fuentes de ingresos que nutren sus presupuestos». La autonomía financiera en la vertiente de los ingresos puede ser conceptuada como, potestad plena de imponer tributos y de incidir en las manifestaciones de capacidad contributiva realizadas en el territorio regional, en modo y medida tales, que, consientan a las regiones desenvolver una política de ingresos (11). A pesar de ponerse de relieve que la autonomía financiera ha de manifestarse en ambos aspectos, el mismo Tribunal Constitucional (12), deja patente que «... la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas viene definida en el bloque de la constitucionalidad más por relación a la vertiente del gasto público (...), que por la existencia y desarrollo de un sistema tributario propio, con virtualidad y potencia recaudatoria suficiente para cubrir las necesidades financieras de la Hacienda Autónoma».

4º La autonomía financiera supone capacidad de autoorganización para establecer y desarrollar dicha autonomía, es decir, capacidad de crear y

---

(8) Señala PÉREZ ROYO, F. (en *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 12ª Edición, Cívitas, Madrid, 2002, p. 25) que «llamamos actividad financiera a aquella que desarrollan el Estado y los demás Entes Públicos para la realización de los gastos inherentes a las funciones que les están encomendadas, así como para la obtención de los ingresos necesarios para hacer frente a dichos gastos. Abreviadamente podemos identificar a la actividad financiera como la relativa a los ingresos y gastos públicos».

(9) Por su parte el propio Tribunal en su Sentencia 183/1988, Fundamento Jurídico 1º establece que «la Comunidad Autónoma..., según las previsiones del 137 de la Constitución, goza de autonomía para la gestión de sus propios intereses, y de ella forma parte la autonomía financiera reconocida a las Comunidades Autónomas en el artículo 156.1. Esta autonomía financiera supone la existencia de una hacienda autónoma que permita el ejercicio y financiación de las competencias asumidas. Por lo tanto, el País Vasco posee las competencias financieras relativas a la obtención de los necesarios recursos económicos y a la utilización de los mismos, así como a la elaboración y aprobación de sus presupuestos».

(10) Sentencia 13/1992, Fundamento Jurídico 7º.

(11) GALLO, Franco, «Brevi riflessioni sull Autonomia tributaria delle regioni», *Rivista di Diritto Finanziario ed Scienza delle Finanze*, núm. 2, 1975, p. 261.

(12) En Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 7º.

organizar una hacienda autónoma. Esta nota se pone de relieve, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1986, de 31 de enero, que señala en su Fundamento Jurídico 2<sup>º</sup> que «... aun sin manifestación expresa incluida en el artículo 148 de la CE, del espíritu de su conjunto normativo se desprende que la organización de su Hacienda es no tanto una competencia que se reconoce a las Comunidades Autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autónoma».

5<sup>º</sup> La autonomía financiera debe traer anexa la autonomía normativa, es decir, la capacidad de los entes territoriales de dictar normas, que ordenan su actividad en el ámbito de sus competencias reconocidas. No puede haber verdadera autonomía financiera sin una autonomía normativa que permita legislar, y por tanto, decidir sobre la sustancia de la actividad financiera que desarrollan las Comunidades Autónomas (13).

6<sup>º</sup> Finalmente debemos señalar que el Tribunal Constitucional ha recalado en diversas sentencias (14) que la potestad de aprobación de los presupuestos forma parte del contenido mínimo e inderogable de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

Como ya hemos puesto de manifiesto en párrafos anteriores, no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, una definición de autonomía financiera que nos sirva para determinar, qué poderes en concreto otorga la Constitución a las Comunidades Autónomas cuando en el artículo 156.1 establece, que «las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera... ». El diccionario de la Real Academia Española, conceptúa la autonomía como «la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior mediante normas y órganos de gobierno propios». Si intentamos, de manera análoga a como lo hace el diccionario, definir la autonomía financiera, podríamos afirmar que es la potestad de la que gozan las Comunidades Autónomas para regir su actividad financiera. Esto llevaría a señalar, con carácter general, que la autonomía en el campo financiero implica capacidad de determinar, tanto el volumen de ingresos y gastos, como, la estructura de los mismos. Por tanto, y a modo de recapitulación, la autonomía financiera supone: libertad para obtener ingresos, libertad para realizar gastos y libertad para elaborar un presupuesto propio (15).

---

(13) Así se establece entre otras en las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: Sentencia 13/1992, 63/1986, 179/1987 y 1/1982.

(14) Sentencia de 31 de enero de 1986 y Sentencia de 20 de diciembre de 1988, entre otras.

(15) *Vid.* En torno al principio de autonomía financiera GARCÍA-MONCO, Alfonso, *Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*, Lex Nova, Valladolid, 1996.

De los dos elementos que integran la actividad financiera — ingresos y gastos— la concreción de la autonomía en cuanto a los gastos no plantea problemas (16). Esto se pone de manifiesto, entre otros por MARTÍN QUERALT (17), al señalar que «es prácticamente unánime la opinión de que en materia de gastos la existencia de autonomía presupone la libertad del ente en orden a la determinación de los objetivos a cuya satisfacción ha de afectar los medios de que disponga, sin mas limitaciones que aquellas que vengan impuestas por el propio texto constitucional y que se concretan generalmente en tres: directrices de política económica estatal, hacienda general y respeto al principio de solidaridad interterritorial».

Sin embargo, en relación con la autonomía en cuanto a los ingresos no existe posición unánime, sino que se puede decir que existen casi tantas opiniones como autores. MARTÍN QUERALT, en un intento de sistematizar todas estas posiciones las clasifica en tres grandes grupos:

1º. Una primera posición considera que la atribución de autonomía significa, en el ámbito tributario, la plena atribución de potestades normativas de imposición.

2º. La segunda entiende, que la autonomía en materia tributaria, no se presenta sólo como un problema de autodeterminación, o no, de los propios ingresos tributarios, sino como un problema de efectiva disponibilidad de medios.

3º. Por último, están aquéllos que consideran, que la atribución de autonomía financiera tiene una relevancia esencial en orden al gasto público, aspecto en el que se concreta la operatividad de tal autonomía, pero no presupone la atribución de potestades normativas.

Uno de los únicos conceptos de autonomía financiera referida a las Comunidades Autónomas que encontramos, se recoge en el del Informe de la Comisión de Expertos, que presidía GARCÍA DE ENTERRÍA; en él se afirma que «la autonomía financiera a que se refieren la Constitución y la LOFCA tiene una doble dimensión. En primer lugar significa la posibilidad de determinar tanto el volumen como la estructura del gasto público correspondiente y, en consecuencia, el nivel y la composición de los servicios públicos prestados. En segundo término, la autonomía financiera implica disponer de capacidad para

---

(16) Señala PALAO TABOADA, C. en *La Hacienda regional y el proyecto de...*, cit., p. 10. que «puede afirmarse, no obstante, que forma parte del contenido mínimo de tal autonomía la libertad de decisión respecto al gasto público en las materias propias de su competencia y, por consiguiente, la potestad de confeccionar y aprobar sus propios presupuestos. Más discutida es la cuestión por lo que respecta a los ingresos».

(17) MARTÍN QUERALT, Juan, «La institucionalización de la Hacienda en los futuros... », cit., p. 121.

fijar el volumen de los ingresos e influir en su patrón distributivo entre los ciudadanos» (18).

Esta falta de concreción en relación con el concepto de autonomía financiera no se da únicamente en nuestro país, pues la constitución italiana también establece en su artículo 119, de modo ambiguo e impreciso, que las regiones tienen autonomía financiera (19).

Así pues, y en el intento de dar un contenido mínimo a la autonomía financiera, consideramos que las Comunidades Autónomas deben gozar de capacidad de decisión tanto sobre los gastos como sobre los ingresos.

Si otorgásemos autonomía únicamente en el campo de los gastos, podríamos encontrar que al cabo de los años los presupuestos de las Comunidades Autónomas tenderían a ser deficitarios, pues el órgano que es competente para establecer los gastos no es el mismo que se encarga de los ingresos (20).

Por otra parte, y atendiendo al propio tenor literal del artículo 156.1 de la CE, consideramos que dicha autonomía tiene que ser de carácter instrumental, pues se goza de ella en tanto en cuanto la misma es necesaria para el desarrollo y ejecución de las competencias, que corresponden a cada una de las Comunidades Autónomas.

---

(18) AAVV, *Informe de la Comisión de Expertos sobre Financiación de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 24.

(19) La doctrina italiana ha dedicado mucho tiempo a concretar que se entiende por autonomía financiera sin llegar a ningún concepto unánime. DE MITA («Autonomía finanziaria e potestà tributaria delle regioni a statuto normale», *Rivista di Diritto Finanziario ed Scienza delle Finanze*, 1963, p. 109) señala que ésta no supone más que «poder de determinar los medios y fines; poder de elaborar un propio presupuesto, como expresión de una voluntad política de perseguir objetivos propios en la forma considerada más adecuada a sus propias necesidades y con el empleo de los medios reputados más idóneos». GALLO (en «Brevi riflessioni sull'autonomia tributaria delle ...», *cit.*, p. 253) pone de relieve que «la autonomía financiera en su pleno sentido no debería significar sólo libertad presupuestaria, entendida como libertad para el empleo de los recursos puestos a su disposición por el Estado sin ninguna clase de vínculo en cuanto a su afectación: debería comprender también la autonomía tributaria, entendiendo esta como capacidad de autodeterminación de los ingresos y, más precisamente, como potestad normativa para imponer tributos propios, cuyos únicos límites son la Constitución, las leyes constitucionales y, a nivel de coordinación, las leyes ordinarias del Estado». FEDELE, A. (en «Aspetti attuali: della finanza locale» en *La riforma tributaria*. Vol. II, Giuffrè, Milán, 1974, p. 57) señala que «puede hablarse de autonomía cuando el ente territorial puede determinar el importe y la afectación del gasto público, aun careciendo de potestades en orden a la autodeterminación de sus fuentes de ingresos de naturaleza tributaria».

(20) ESCRIBANO LÓPEZ, F., «El problema de la financiación regional en el proceso de integración europea. El caso español». *Alcubala Revista de Hacienda Autonómica de Andalucía*, núm. 2, 1995, pp. 52 y 53. VICENTE ARCHE DOMINGO, F. «Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 3, 1974, p. 538. SEVILLA SEGURA, J.V. «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas», *Dirección y Progreso*, núm. 150, 1996, p. 51.

En virtud de las notas reseñadas, podríamos definir la autonomía financiera como la capacidad de las Comunidades Autónomas para decidir libremente el desarrollo y organización de su actividad de obtención de ingresos y de realización de gastos.

## II. PRINCIPIOS QUE LIMITAN LA AUTONOMÍA FINANCIERA

Las Comunidades Autónomas gozan, tal y como se ha señalado, de autonomía financiera lo cual supone decir que tienen capacidad para decidir libremente su sistema de ingresos y gastos, y para configurar en cierta forma su propio sistema tributario autonómico. Así pues, nos encontramos con un sistema tributario estatal, y junto a él, un sistema tributario autonómico y otro local. La coexistencia de los distintos sistemas hace necesaria la armonización entre ellos, así como un cierto grado de solidaridad de unos con otros. La Constitución, consciente de esta necesidad, establece que tanto el principio de coordinación, como el de solidaridad, han de tenerse en cuenta a la hora de ejercer la autonomía financiera por parte de las Comunidades Autónomas (21).

La autonomía financiera de la que gozan las Comunidades Autónomas no es, por tanto, una autonomía en términos absolutos, sino que aparece sometida a límites tales como la coordinación y la solidaridad. Es importante pues que analicemos, aunque sea someramente, cada uno de estos principios, señalando cómo limitan los mismos el contenido de la autonomía financiera.

### 1. Principio de Coordinación

#### A) Concepto

El término coordinación tiene diversas acepciones en la Constitución, y así consideramos conveniente establecer cuáles son, para poder después determinar en qué sentido se utiliza en el artículo 156 de la CE. Así pues, señalaremos que son tres las acepciones del término:

1ª. La coordinación como competencia estatal adicional referida a títulos específicos.

---

(21) Vid. en relación con los principios específicos de la hacienda de las Comunidades Autónomas MENÉNDEZ MORENO, Alejandro, «La hacienda de las Comunidades Autónomas: principios rectores del modelo», en AAVV *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*. INAP, Madrid, 1998, pp. 944 y ss.



2<sup>º</sup>. La coordinación como función general que corresponde al Estado cuando sus competencias normativas son plenas (22).

3<sup>º</sup>. La coordinación como principio general de actuación. Este principio, intenta hacer compatibles los principios de unidad y autonomía en los que se apoya la organización territorial del Estado constitucionalmente establecida, teniendo como objetivo lograr tanto un adecuado equilibrio entre el respeto a la autonomía de los entes territoriales, como la necesidad de evitar que a partir del ejercicio de la misma, puedan producirse comportamientos que sean disfuncionales o desconozcan la unidad del sistema.

SÁNCHEZ SERRANO (23), en relación con los diversos significados del término coordinación de los que hace uso la CE, señala que en el art. 156.1 CE se hace referencia a la coordinación como principio (24); sin embargo, la realidad parece que es otra, pues «por obra del desarrollo constitucional, y principalmente por vía de la LOFCA y de los Estatutos de Autonomía, el legislador estatal ha ido convirtiendo el principio de coordinación en una especie de competencia o serie de competencias específicas, distintas de las expresamente previstas en el texto constitucional, competencias que o bien se han atribuido, o bien han asignado a otros órganos estatales» (25).

La coordinación opera, en relación con la autonomía financiera, como límite a la diversidad, constituyéndose de esta forma como un instrumento para asegurar el mínimo de unidad de la comunidad política. El Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones (26), ha afirmado que la coordinación «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema».

---

(22) Así señala el Tribunal Constitucional en Sentencia 104/1988, de 8 de junio que «no puede refundirse ni confundirse las manifestaciones específicas de coordinación que aparecen en nuestra CE como competencia adicional a una competencia normativa limitada, con las funciones generales de coordinación que corresponden al Estado cuando sus competencias normativas son plenas».

(23) SÁNCHEZ SERRANO, Luis, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional I*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 307.

(24) Señala expresamente SÁNCHEZ SERRANO (*Tratado de Derecho Financiero y Tributario... Cit.*, p. 308) que «conforme al propio tenor literal del art. 156.1 CE, la coordinación financiera entre Estado y Comunidades Autónomas fue configurada inicialmente por el constituyente español como un «principio», y no como una materia objeto de competencia específica».

(25) SÁNCHEZ SERRANO, Luis, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario... cit.*, p. 309.

(26) Entre otras Sentencia 32/1983, de 28 de abril, fundamento jurídico 2<sup>º</sup>; Sentencia 42/1983, de 20 de mayo, fundamento jurídico 3<sup>º</sup>; Sentencia 144/1985, de 25 de octubre, fundamento jurídico 4<sup>º</sup>; 104/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico 2<sup>º</sup>; Sentencia 70/1997, de 10 de abril, fundamento jurídico 5<sup>º</sup>.

Pero, ¿qué se entiende por coordinación? Siguiendo al propio Tribunal Constitucional (27), podemos afirmar que la coordinación debe ser entendida como «la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades... 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».

Aplicando estas nociones generales a la materia financiera, VEGA HERRERO (28) considera que la coordinación financiera presenta dos aspectos: su ámbito y su finalidad. En cuanto al primero, se afirma que la coordinación abarca tanto a los ingresos como a los gastos de los entes públicos, es decir, se extiende a la totalidad de la actividad financiera de los mismos. Por su parte, la finalidad de tal coordinación no es otra que armonizar la actuación de los entes públicos territoriales en orden a la obtención de los recursos y a la programación y ejecución del gasto. Por su parte, ROVIRA I MOLA (29) define la coordinación como «... el conjunto de técnicas que tienden a armonizar las estructuras, las actuaciones y los intereses de los sistemas fiscales del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales».

Se debe poner de relieve, tal y como hace el Informe de la Comisión de Expertos (30), que la necesidad de coordinación es mayor en un estado descentralizado, a medida que el grado de descentralización sea más amplio, el número de agentes que integran el sector público del país sea más elevado, y el sistema de financiación otorgue un mayor grado de autonomía. Estas circunstancias concurren, cada vez con más fuerza, en nuestro país, ya que las Comunidades Autónomas están dotadas de competencias normativas en relación con determinados aspectos de un gran número de tributos, así como de plena potestad para crear sus propios tributos.

Esta asunción de competencias por parte de los entes autonómicos trae consigo una mayor necesidad de coordinación entre el sistema tributario autonómico y el estatal. Los campos en los que se debe centrar la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas son fundamentalmente tres: la

---

(27) En Sentencia 32/1983, de 28 de abril así como en Sentencia 144/1985.

(28) VEGA HERRERO, Manuela, «El principio de coordinación financiera en la hacienda regional», En *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*. IEF, Madrid, 1984, tomo IV, p. 3152.

(29) DE ROVIRA I MOLA, Albert, «La coordinación de los sistemas fiscales», en *La coordinación financiera estatal, autonómica y local*. Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1984, p. 43.

(30) «Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas». (Segunda parte), *Palau 14*, núm. 25, enero/abril, 1995, p. 317.

coordinación financiera, en función de la importante repercusión en los costes de tesorería de las Comunidades Autónomas de mayor nivel competencial; la coordinación tributaria, en donde se advierte la necesidad de mejorar los mecanismos de intercambio de información tributaria y la elaboración de planes conjuntos de inspección, a efectos de un mayor control del grado de cumplimiento; y la coordinación del endeudamiento, en donde existen problemas derivados de la falta de automatismo y de la necesidad de autorizaciones de la Dirección General del Tesoro, necesarias para emitir ciertos pasivos.

## **B) El Consejo de Política Fiscal y Financiera**

La LOFCA, tras determinar con carácter general en su art. 2 que «la actividad financiera de las Comunidades Autónomas se ejercerá en coordinación con la Hacienda del Estado», encomienda tal tarea a un órgano creado al efecto por la propia ley, en su art. 3, y que no es otro que el Consejo de Política Fiscal y Financiera (31).

Este Consejo está compuesto, tal y como determina la propia LOFCA, por el Ministro de Economía y Hacienda, el Ministro de Administraciones Públicas y el Consejero de Hacienda de cada Comunidad o Ciudad Autónoma. Se precisa en el artículo 10 del Acuerdo 1/1981, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Interior del Consejo, que los Ministros representantes de la hacienda estatal dispondrán en conjunto del mismo número de votos con que cuentan las Comunidades Autónomas, adjudicándose por tanto a cada uno de los ministros la mitad de los mismos. Con la adjudicación del mismo número de votos a los ministros que a las Comunidades Autónomas, se ha intentado guardar un equilibrio entre la posición del Estado y la de las Comunidades Autónomas, pues en el supuesto de haber asignado a los ministros un solo voto, igual que los Consejeros de Economía y Hacienda de cada una de las mencionadas entidades, se hubiera roto tal equilibrio de forma clara a favor de estas últimas. Por tanto, se observa que se intenta lograr una representación paritaria entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Consejo de Política Fiscal y Financiera, es un órgano consultivo y de deliberación, es decir, no tiene facultades normativas, y sus acuerdos son meras recomendaciones o consejos, que no obligan *per se*. En relación con este carácter, se puso de relieve en el Informe

---

(31) Vid. RAMALLO MASSANET, J.; ZORNOZA PÉREZ, J. «El Consejo de Política Fiscal y Financiera y las Comisiones Mixtas en la financiación de las Comunidades Autónomas», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, septiembre-diciembre, 1997, pp. 95 y ss. RAMALLO MASSANET, J.; ZORNOZA PÉREZ, J., «El Consejo de Política Fiscal y Financiera y la financiación de las Comunidades Autónomas». *Papeles de Economía Española*, núm. 83, 2000, pp. 60 y ss.

de la Comisión de Expertos, que sería recomendable «considerar la reforma del Consejo de Política Fiscal y Financiera para que éste deje de ser un órgano consultivo y de deliberación y sus acuerdos puedan ser vinculantes». Y así, sigue el propio Informe señalando que sin la existencia de acuerdos vinculantes, acordados por la mayoría simple o reforzada en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, la labor de coordinación corre el grave riesgo de no llegar a ser operativa. Sin embargo, tras la reforma operada en 1996, el carácter vinculante de los acuerdos del Consejo no se ha incluido, por lo que se continúa considerando al Consejo como órgano consultivo y de deliberación, y no como un órgano vinculante, que es lo que hubiera sido conveniente (32).

El art. 3 LOFCA señala al Consejo como el órgano encargado de la coordinación, tanto de la política presupuestaria, como del endeudamiento y de la política de inversiones. Además, se le atribuye al propio Consejo el estudio y la elaboración de todos aquellos criterios o valoraciones que se considera que afectan de cierta manera a las relaciones entre la hacienda estatal y la hacienda autonómica, o incluso entre las distintas haciendas autonómicas (33). Finalmente, se afirma, con carácter general, que tiene funciones en relación con todos aquellos aspectos de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la hacienda del Estado que precisen de una actuación coordinada.

Por tanto, va a ser este órgano el que se encargue básicamente del cumplimiento del principio de coordinación, si bien, en virtud de las modificaciones que se han introducido en los últimos años en materia de financiación autonómica, encontramos otros órganos que desarrollan este tipo de labores, tales como el Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria y los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria.

---

(32) Vid. MARTÍN QUERALT, Juan, «El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades», *Civitas Revista Española de Derecho financiero*, núm. 100, octubre-diciembre, 1998, pp. 689 y ss.

(33) Así señala que se encargará del estudio y valoración de los criterios de distribución de los recursos del Fondo de Compensación; del estudio, elaboración y revisión de los métodos utilizados para el cálculo de los costos de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas; de la apreciación de las razones que justifican la percepción por parte de cada una de las Comunidades Autónomas de las asignaciones presupuestarias, así de los criterios de equidad seguidos para su afectación.

## 2. Principio de solidaridad

### A) Generalidades

Uno de los problemas que probablemente se plantea al dotar a las Comunidades Autónomas de autonomía financiera es el posible caos producido por el hecho de que cada Comunidad, haciendo uso de la autonomía financiera que le otorga la Constitución, configurara, de forma radicalmente distinta, y prescindiendo absolutamente del resto, su hacienda autonómica. Esta diferencia en cuanto a la configuración de cada una de las haciendas autonómicas no es en sí el más grave de los problemas, sino que el mismo surgiría por el hecho de que, como consecuencia de la mencionada diferencia, las Comunidades Autónomas gozarían de unos ingresos totalmente distintos en función de las peculiaridades de cada una de ellas. Nos encontraríamos, por tanto, con un gran desnivel en la prestación de servicios públicos entre unas Comunidades Autónomas y otras, en función de cuál fuese su capacidad recaudatoria.

Con el fin de evitar estos desniveles, se consideró necesario que uno de los principios a tener en cuenta en el momento de configurar la organización territorial del Estado fuera el principio de solidaridad (34), y así se establece en el art. 2 de la CE, en donde, tras reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española, se hace alusión a la necesidad de que exista solidaridad entre ellas (35). Por tanto, en el mismo precepto en el que se establecen los dos capitales principios de unidad y autonomía se garantiza, como factor de equilibrio entre ambos, el principio de solidaridad.

### B) Contenido de la solidaridad

El contenido más importante del principio de solidaridad se manifiesta en su proyección económica y financiera, que orienta a lograr una distribución de la riqueza, tanto territorial como personal, más adecuada y justa. Señalan tanto la CE en su art. 138.1, como la LOFCA en su art. 2.1 b), que

---

(34) Señala MARTÍN QUERALT («El sistema financiero de las Comunidades Autónomas», en AAVV *Organización territorial del Estado*, IEF, Madrid, 1984, volumen I, p. 259) que «el principio de solidaridad es el criterio rector a tener en cuenta, tanto en las relaciones entre los distintos territorios como en las relaciones que, desde el punto de vista de la presión fiscal sobre cada ciudadano se pueden establecer».

(35) Destaca DE LA CRUZ RODRÍGUEZ («Autonomía frente a solidaridad: la eterna controversia», *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1998, p. 10) que si la autonomía propicia el ejercicio de las capacidades de las Comunidades Autónomas, la solidaridad nos recuerda que deben estrecharse los márgenes de distancia entre las más ricas y dinámicas con respecto a las más deprimidas, atendándose ciertas necesidades de todas ellas.

el encargado de lograr el equilibrio económico entre las distintas partes del territorio español es el Estado.

Con carácter general, el principio de solidaridad requiere que los distintos entes territoriales que integran el Estado, en el ejercicio de sus competencias, deban adoptar sus decisiones o realizar sus actos de forma que no perturben el interés general, sino que por el contrario, tengan como objetivo garantizar la comunidad de intereses que los vincula entre sí, y que no puede ser menoscabada como consecuencia de la gestión insolidaria desarrollada por las Comunidades Autónomas, con el único objetivo de alcanzar sus propios intereses. De este modo, cada una de las Comunidades Autónomas tendría que actuar teniendo en cuenta al resto, de manera que sus actuaciones no supusiesen un menoscabo de los intereses de las demás.

El ámbito sobre el que se proyecta el principio de solidaridad es de gran amplitud, pues la misma se entiende desde dos planos distintos: por un lado, en el plano territorial, la solidaridad se extiende a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como a las relaciones de estas últimas entre sí; por otro, atendiendo al plano personal, la solidaridad debe tener en cuenta a todos los españoles, independientemente de la Comunidad Autónoma en que éstos residan. Se plantean, por tanto, dos maneras diferentes de concebir la solidaridad, lo que supone, tal y como señala BARREIRO FERNÁNDEZ (36) una controversia, en cuanto a si es mejor optar por la solidaridad en sentido personal, o desde el plano territorial.

El art. 156.1 CE, al reconocer autonomía financiera a las Comunidades Autónomas, marca como límite a la misma la «solidaridad entre todos los españoles». A diferencia de lo señalado en otros artículos de la Constitución, tales como el art. 138, no se hace referencia en éste a la solidaridad entre las diversas Comunidades Autónomas, es decir, a una solidaridad territorial, sino que, más bien, parece aludirse a una solidaridad como principio general que inspira el comportamiento de los ciudadanos.

Estamos de acuerdo con LAMPREAVE PÉREZ (37) cuando señala que «no tiene sentido introducir el principio de solidaridad en el ámbito de la auto-

---

(36) Se considera por la autora (BARREIRO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> Isabel «Balanza fiscal y solidaridad», en AAVV, *Análisis del sistema de financiación autonómica: bases para un nuevo modelo*. Bancaja, Madrid, 2000, p. 348) que es mejor optar por la solidaridad personal pues el logro de esta traería como consecuencia la obtención de la solidaridad territorial, mientras que si nos limitamos a conseguir la solidaridad territorial esto no garantizaría de ninguna forma el que se llegase a obtener una solidaridad en el plano personal entre los distintos españoles con independencia del lugar en que estos residiesen.

(37) LAMPREAVE PÉREZ, José Luis, «Artículo 156: Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y coordinación con la hacienda estatal», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a las leyes políticas*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988. p. 491.

nomía financiera de las Comunidades Autónomas en la forma que se expresa el art. 156», ya que en este supuesto, lo lógico sería aludir a una solidaridad territorial, pues este precepto está incardinado entre los dedicados a la organización territorial del Estado. Sin embargo, haciendo una interpretación no tan literal del mencionado artículo 156, podríamos considerar que nuestro legislador, a pesar de hacer alusión a la solidaridad entre los ciudadanos, estaba pensando en las Comunidades en las que se integran tales ciudadanos, y que por tanto, a pesar de lo inadecuado de los términos, se está haciendo referencia, tal y como sucede en otros preceptos, a la solidaridad territorial entre las distintas Comunidades Autónomas.

El principio de solidaridad supone por tanto un límite a la autonomía financiera de la que gozan las Comunidades Autónomas, y se puede configurar, tal y como lo hace PALAO TABOADA (38), como expresión de la unidad y contrapeso de la autonomía regional. Así pues, las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera, pero deberán tener en cuenta la solidaridad entre las distintas comunidades que integran del territorio español.

La solidaridad no supone en ningún caso igualdad o uniformidad, sino que el respeto al principio de solidaridad en el ámbito financiero llevará a la adopción de un conjunto de mecanismos, conocidos como compensación financiera, tendentes a la igualación de la capacidad financiera de las distintas haciendas territoriales, de forma que puedan prestar un nivel mínimo de servicios públicos sin que el grado de presión fiscal en cada territorio autónomo exceda del existente en los demás.

### **C) Mecanismos para lograr la solidaridad**

La compensación financiera es un mecanismo que encontramos establecido, de una u otra forma, en todos los estados territorialmente compuestos. Con dicho mecanismo de nivelación se pretende la consecución de una serie de objetivos, que aparecían ya reseñados en la memoria del proyecto LOFCA, y que son los siguientes:

Primero.— Acabar con los distintos grados de capacidad financiera mediante el establecimiento de mecanismos de financiación. De este modo, las diferencias que se producen en el nivel o calidad de los servicios públicos entre las distintas haciendas territoriales, obedecen a sus preferencias polí-

---

(38) PALAO TABOADA, Carlos, *La hacienda regional y el proyecto de ...*, cit. p. 57.

ticas y se reflejan en un mayor esfuerzo fiscal, no proviniendo de diferencias de capacidad.

Segundo.– Intentar garantizar un determinado nivel de prestación y consumo de ciertos bienes y servicios públicos, cubriendo las insuficiencias que tienen sus orígenes en costes excesivamente elevados.

Tercero.– Conseguir la prestación de determinados servicios, obligando a las haciendas territoriales a actuar en un determinado sentido. Este objetivo se cumplirá mediante el establecimiento de ayudas finalistas, justificadas por la existencia de efectos externos y por la atribución al Estado de funciones de desarrollo y redistribución.

No existe una fórmula única de compensación, sino que existen diversos tipos en función de sus características. Distinguiremos entre compensación vertical y horizontal, según ésta se dé entre entes territoriales del mismo, o de distinto nivel. Por tanto, se producirá la compensación vertical cuando la misma se lleve a efecto entre el Estado y las Comunidades Autónomas, mientras que la compensación será horizontal si se produce entre las distintas Comunidades Autónomas. Incluso FALCÓN Y TELLA (39) distingue entre compensación horizontal directa e indirecta, señalando que la primera se produce cuando las transferencias se realizan directamente entre unas haciendas territoriales y otras del mismo nivel; mientras que la segunda supone que las transferencias tienen formalmente un carácter vertical por proceder de los Presupuestos Generales del Estado, pero su finalidad sustantiva va ser el equilibrio horizontal, es decir, el interterritorial.

La Constitución en su artículo 158 recoge expresamente dos técnicas concretas que constituyen el contenido mínimo de la compensación, y que son las siguientes: el Fondo de Compensación Interterritorial (40) y las Asignaciones Presupuestarias de Nivelación (41). El criterio distintivo entre ambas técnicas

---

(39) FALCÓN Y TELLA, Ramón *La compensación financiera interterritorial*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, pp. 161 y 162.

(40) Vid. en torno al Fondo de Compensación: SOLER ROCH, M<sup>ª</sup> Teresa, «El fondo de compensación interterritorial: un análisis jurídico», *Anales del Derecho*, núm. 6, 1984, p. 7 y ss.; MELGUIZO SÁNCHEZ, Ángel, «Notas para una valoración de la reforma del Fondo de Compensación Interterritorial», en AAVV, *El Fondo de Compensación Interterritorial: memoria de un cambio*, IEF, Madrid, 1992, pp. 230 y ss.; IGLESIAS, A.; PUY, P.; RODRÍGUEZ, C. «Comentario en torno a la financiación de la Autonomía en Galicia», *Hacienda Pública Española*, núm. 89, 1984, pp.127 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Colección Estudios, Madrid, 1988.; DORESTE ZAMORA, A. «El artículo 158.1 de la Constitución Española y la reserva de la Ley Orgánica», en AAVV, *El Estado de las Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 115 y ss.

(41) Vid. DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B., «Las asignaciones de nivelación: crónica de un instrumento fallido», *Impuestos*, núm. 22, noviembre, 1996, pp.19 y ss.



radica en el hecho de que el Fondo de Compensación Interterritorial es un instrumento de compensación ordinario, frente a las Asignaciones que son mecanismos extraordinarios de compensación (42).

## BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J.M., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Colección Estudios, Madrid, 1988.
- BARREIRO FERNÁNDEZ, M<sup>º</sup> Isabel «Balanza fiscal y solidaridad», en AAVV, *Análisis del sistema de financiación autonómica: bases para un nuevo modelo*, Bancaja, Madrid, 2000, p. 348 y ss.
- CARRERA RAYA, F.J., «Observaciones sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista de Hacienda Autónoma y Local*, núm. 62, 1991, pp. 345 y ss.
- CASADO OLLERO, Gabriel, *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*, Publicaciones del Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Granada, 1981.
- DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B., «Autonomía frente a solidaridad: la eterna controversia», *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1998, p. 10 y ss.
- «Las asignaciones de nivelación: crónica de un instrumento fallido», *Impuestos*, núm. 22, noviembre, 1996, pp.19 y ss.
- DE MITA, «Autonomía finanziaria e potestà tributaria delle regioni a statuto normale», *Rivista di Diritto Finanziario ed Scienza delle Finanza*, 1963, p. 109
- DE ROVIRA I MOLA, Albert, «La coordinación de los sistema fiscales», en *La coordinación financiera estatal, autonómica y local*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1984, p. 43 y ss.

---

(42) BARREIRO FERNÁNDEZ, M<sup>º</sup> Isabel, «Balanza fiscal y... », *cit.*, p. 350 señala que «Los dos instrumentos concretos que la Constitución fija para ayudar a conseguir el principio de solidaridad son las Asignaciones para la Nivelación y el Fondo de Compensación. Ambos tienen su origen en la misma norma legal pero su alcance y finalidad son distintos. La dotación y la constitución de asignaciones de nivelación no es obligatoria mientras que la constitución del fondo sí tiene ese carácter. Las asignaciones deben perseguir un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales y dotarse en función del volumen de servicios y actividades estatales asumidas por las Comunidades Autónomas; mientras que el Fondo persigue la redistribución de los gastos de inversión sin establecer suelos ni techos.

- DORESTE ZAMORA, A., «El artículo 158.1 de la Constitución Española y la reserva de la Ley Orgánica», en AAVV, *El Estado de las Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 115 y ss.
- ESCRIBANO LÓPEZ, F., «El problema de la financiación regional en el proceso de integración europea. El caso español», *Alcabala Revista de Hacienda Autonómica de Andalucía*, núm. 2, 1995, pp. 52 y ss.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón, *La compensación financiera interterritorial*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.
- FEDELE, A., «Aspetti attuali: della finanza locale», en *La riforma tributaria*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 1974, p. 57 y ss.
- GALLO, Franco, «Brevi riflessioni sull'Autonomia tributaria delle regioni», *Rivista di Diritto Finanziario ed Scienza delle Finanze*, núm. 2, 1975, p. 261 y ss.
- GARCÍA-MONCO, Alfonso, *Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*, Lex Nova, Valladolid, 1996.
- IGLESIAS, A.; PUY, P.; RODRÍGUEZ, C., «Comentario en torno a la financiación de la Autonomía en Galicia», *Hacienda Pública Española*, núm. 89, 1984, pp. 127 y ss.
- LAMPREAVE PÉREZ, José Luis, «Artículo 156: Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y coordinación con la hacienda estatal», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a las leyes políticas*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988. p. 491 y ss.
- LUEIRO LORES, M., «Apuntes para un nuevo sistema de Haciendas Territoriales», *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núm. 37, 1983, p. 87 y ss.
- MARTÍN QUERALT, J., «El sistema financiero de las Comunidades Autónomas», en AAVV, *Organización territorial del Estado*, IEF, Madrid, 1984, volumen I, p. 259 y ss.
- «Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia tributaria», en AAVV, *La Constitución española y otras fuentes de derecho*, IEF, Madrid, 1979, volumen II, p. 1315 y ss.
- «La institucionalización de la hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía», *Hacienda Pública Española*, núm. 59, 1979, p. 116.
- «El diseño constitucional de la Hacienda de las Comunidades», *Civitas Revista Española de Derecho financiero*, núm. 100, octubre-diciembre, 1998, pp. 689 y ss.
- MELGUIZO SÁNCHEZ, Ángel, «Notas para una valoración de la reforma del Fondo de Compensación Interterritorial», en AAVV, *El Fondo de Compensación Interterritorial: memoria de un cambio*, IEF, Madrid, 1992, p. 230 y ss.

- MENÉNDEZ MORENO, Alejandro, «La hacienda de las Comunidades Autónomas: principios rectores del modelo», en AAVV, *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, pp. 944 y ss.
- PALAO TABOADA, Carlos, *La hacienda regional y el proyecto de Constitución*, Universidad de Zaragoza, 1978.
- RAMALLO MASSANET, J.; ZORNOZA PÉREZ, J., «El Consejo de Política Fiscal y Financiera y las Comisiones Mixtas en la financiación de las Comunidades Autónomas», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, septiembre-diciembre, 1997, pp. 95 y ss.
- RAMALLO MASSANET, J.; ZORNOZA PÉREZ, J., «El Consejo de Política Fiscal y Financiera y la financiación de las Comunidades Autónomas», *Papeles de Economía Española*, núm. 83, 2000, pp. 60 y ss.
- SÁNCHEZ SERRANO, Luis, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional I*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SEVILLA SEGURA, J.V., «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas», *Dirección y Progreso*, núm. 150, 1996, p. 51 y ss.
- SIMÓN ACOSTA, Eugenio, «La proyectada autonomía financiera regional», en *Estudios sobre el proyecto de constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.
- SOLER ROCH, M<sup>ª</sup> Teresa, «El fondo de compensación interterritorial: un análisis jurídico», *Anales del Derecho*, núm. 6, 1984, p. 7 y ss.
- VEGA HERRERO, Manuela, «El principio de coordinación financiera en la hacienda regional», en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, IEF, Madrid, 1984, tomo IV, p. 3152 y ss.
- VÍBORAS JIMÉNEZ, J.A., «La hacienda en el Estatuto de Andalucía», *Papeles de Economía de las Comunidades Autónomas*, núm. 1, 1980, pp. 170 y ss.
- VICENTE ARCHE DOMINGO, F., «Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 3, 1974, p. 538 y ss.

# POTESTAD ORGANIZATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, ORDENACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y CONTROL JUDICIAL

JOSÉ MARÍA RECIO SÁEZ DE GUINOA

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.— II. LA NUEVA VISIÓN DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS COMO ORGANIZACIONES «PREPARADAS PARA EL CAMBIO».— III. LA FACULTAD DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS DE AUTOORGANIZACIÓN: 1. La facultad autoorganizatoria como potestad administrativa. 2. La potestad organizatoria como potestad administrativa discrecional. 3. Vertientes materiales de la potestad organizatoria. En concreto, la incidencia de la potestad organizatoria en los ámbitos de la movilidad forzosa de los empleados públicos y de la ordenación de los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas. 4. En concreto, el carácter discrecional de la potestad de ordenación de los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas.— IV. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN SU RELACIÓN CON LA ORDENACIÓN DE SUS RECURSOS HUMANOS: 1. La finalidad de la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas: la eficacia administrativa. 2. Los derechos de los funcionarios públicos. En particular, la cuestión de los denominados «derechos adquiridos»: A) Los derechos fundamentales como límite imperativo del poder administrativo de organización: a) En particular, el derecho a la igualdad de los funcionarios como límite a la potestad autoorganizatoria de las Administraciones Públicas. b) La libertad sindical: la participación de los trabajadores en el ejercicio de la potestad organizatoria. c) El derecho de huelga de los funcionarios públicos: el establecimiento de los servicios mínimos. B) Derechos estatutarios y potestad organizatoria: a) En especial, la potestad organizatoria y el derecho al cargo. b) El derecho a la promoción profesional de los funcionarios públicos y la potestad de organización de las Administraciones Públicas. La cuestión de las restricciones impuestas por las relaciones de puestos de trabajo para el acceso a determinados puestos. La determinación del sistema de provisión de los puestos de trabajo. c) Organización y derechos retributivos. d) El tema de los «derechos adquiridos» de los funcionarios públicos. C) Derechos «no estatutarios».— V. POTESTAD ORGANIZATORIA Y ORDENAMIENTO LABORAL.— VI. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DE LA ORDENACIÓN DE SUS RECURSOS HUMANOS: 1. En general, el control judicial de la discrecionalidad administrativa. 2. El control judicial de la potestad organizatoria: A) En particular, el control de los elementos reglados. La desviación de poder: a) Competencia. b) Procedimiento. c) Fin público prefijado por la norma legal. B) El control a través de los principios generales del Derecho. En especial, el control de la arbitrarie-

*dad, la motivación de los actos de ordenación del personal. C) Otras fórmulas de control: los hechos determinantes y los «conceptos jurídicos indeterminados».— VII. RECAPITULACIÓN.*

**RESUMEN:** El presente estudio analiza la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas y su ejercicio en relación con la ordenación de sus puestos de trabajo. En concreto, se afronta el estudio de la potestad organizatoria como potestad discrecional de la Administración, cuyo ejercicio afecta directamente a la situación jurídica de los funcionarios públicos. Por ello, se hace necesario analizar el alcance de esta discrecionalidad y su control por la jurisdicción ordinaria, control que se articula a través de los cauces generales de control de la discrecionalidad administrativa.

**Palabras clave:** empleo público; funcionarios públicos; potestad organizatoria; discrecionalidad; puesto de trabajo; control judicial.

**ABSTRACT:** *The study presented here analyses the organizational legal authority of the Civil Service and its work regarding the organization of its posts. Specifically it deals with the study of organizational legal authority as the discretionary legal authority of the Government, whose work directly affects the judicial situation of civil servants. In order to do this it is necessary to analyse the scope of this discretion and how it is controlled by the ordinary judiciary; a control which is coordinated through the general paths of control of administrative discretion.*

**Key words:** *public employment; civil servants; organizational legal authority; discretion; jobs; judicial control.*

## **I. PRESENTACIÓN**

El tema de la discrecionalidad administrativa y de su control por los órganos jurisdiccionales ha sido tradicional en nuestra doctrina administrativista. Desde el histórico trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA «*La lucha contra las inmunidades del poder*» publicado en la Revista de Administración Pública en 1962, este tema ha sido clave en el debate doctrinal de esta disciplina y ha ocupado multitud de monografías y artículos especializados. Puede decirse que no hay tema en el Derecho Administrativo del que se haya hablado tanto como el de la discrecionalidad administrativa. No es nuestra intención recoger en este trabajo cada una de las opiniones vertidas sobre este tema, tarea que, por reiterativa, sería inútil. Lo importante, en nuestra opinión, no es volver a decir lo que ya se ha dicho (el jurista no participa del negocio del papel y de la tinta, aunque en algunas ocasiones lo parezca), sino, tomando en consideración lo dicho en el pasado y lo que se dice en el presente, aportar nuevas ideas para el futuro.

Lo cierto es que, a pesar del numeroso e intensivo tratamiento doctrinal y jurisprudencial del que ha sido objeto, el tema de la discrecionalidad no está agotado —ni mucho menos—. Nos encontramos en un momento de crisis —entiéndase por cambio— del concepto tradicional del Estado social y democrático de Derecho y de su principal instrumento: la Administración pública. Se trata de un fenómeno que se inició a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando se consolidara el modelo político del Estado del Bienestar, y que se ha pronunciado en estas últimas décadas. El papel del Estado se ha transformado profundamente: si durante el siglo XIX y principios del XX, el pensamiento político liberal concibió un «Estado mínimo» garante de las libertades y protector del orden y la seguridad territorial y ciudadana, a partir de los años cincuenta del siglo pasado las funciones del Estado se extendieron profusamente hasta convertirlo en verdadero agente de conformación social. Este proceso ha supuesto un cambio radical en el concepto —y el funcionamiento— de la Administración Pública europea, cuya actividad se ha visto diversificada.

El aumento de la presencia del Estado en la comunidad social, unido a una cada vez mayor complejidad de la realidad que dirige y gestiona, exige de su Administración un importante esfuerzo de racionalización de sus estructuras y de su funcionamiento. En la actualidad, el proceso tecnificador sólo se ha producido en parte; el modelo burocrático sigue siendo generalizado entre nuestras Administraciones aunque se están produciendo cambios de una gran relevancia. La paulatina implantación de las nuevas tecnologías, la flexibilización de las estructuras administrativas o la experimentación de nuevas fórmulas de gestión pública o de comunicación institucional está transformando la tradicional imagen de las Administraciones Públicas españolas.

Esta crisis —entiéndase, una vez más, por cambio— del modelo administrativo —que, en realidad, supone una variación de su dinamismo más que de su concepto— trastoca, por conexión, el control que los Jueces y Tribunales ejercen sobre la actividad pública y, en particular, sobre los actos de las Administraciones Públicas. En realidad, la suerte de la Administración Pública es la suerte de la Jurisdicción que controla su actividad, de forma que es indispensable añadir al análisis de la actividad administrativa, el de la propia función contencioso-administrativa; el resultado final de aquélla incluye también el del ejercicio revisor de ésta.

Pues bien, uno de los quicios de este proceso transformador reside, sin duda, en la gestión de las personas que trabajan en nuestras Administraciones Públicas y en la configuración de las estructuras en donde aquéllas prestan sus servicios profesionales. La estructura orgánica y las personas que se integran en ella conforman, en última instancia, a la propia organización; de ahí su importancia. Por eso, creemos con un especial interés la tarea que nos

proponemos en el presente trabajo: el análisis de la implicación del ejercicio de la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas en el ámbito de la ordenación de su personal.

Ello supone aunar un doble interés: por una parte, el interés público realizado en la eficacia de los medios personales de las organizaciones públicas que conlleva, a su vez, la eficacia de éstas. Y por otra, el interés —también público— materializado en la garantía de los derechos que, por su condición de funcionarios y de ciudadanos, corresponden a las personas que trabajan en las Administraciones públicas. El principio de eficacia, que conforma radicalmente el concepto que nuestra Constitución recoge de «Administración Pública» (art. 103.1 CE), no puede realizarse a expensas de los derechos del personal que presta sus servicios en aquella. Al revés: sólo a través de una perspectiva garantista puede conseguirse el preciado tesoro de la eficacia administrativa; la eficacia sólo será constitucionalmente legítima cuando su consecución se realice «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (art. 103.1 CE).

## II. LA NUEVA VISIÓN DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS COMO ORGANIZACIONES «PREPARADAS PARA EL CAMBIO»

La realidad social y económica actual exige de nuestras Administraciones Públicas una capacidad de adaptación y flexibilidad mayor que en épocas pasadas. Hoy, las necesidades sociales se van sucediendo a una mayor velocidad lo que provoca que las estructuras administrativas cambien al mismo tiempo que lo hacen tales necesidades. Por otra parte, el propio dinamismo político, la alternancia en el poder de partidos políticos, la estabilidad gubernamental a través de coaliciones políticas y otros fenómenos cada vez más comunes en nuestro entorno constitucional, deben hacer de las organizaciones públicas un instrumento moldeable y permeable, tanto desde el punto de vista organizativo como estructural —no así en el puramente institucional, en tanto que la Administración debe ser un ente *neutral*, en el sentido de la *eficacia indiferente* del que habla el profesor Alejandro NIETO (1). Pero en el plano dinámico, la ejecución de las

---

(1) En palabras del profesor NIETO, el funcionario (y la Administración) «debe ser eficaz tanto si perjudica como si favorece la política del Gobierno que está en el poder». No obstante, ello debe entenderse dentro de los límites que permite el propio principio democrático, en tanto que el Gobierno asume constitucionalmente la dirección política de la Administración Pública (art. 97 CE). El propio autor, reconoce que la tesis de la *eficacia indiferente* es muy sugestiva; pero puede resultar peligrosa sobre todo si se enfatiza demasiado su conexión con la «neutralidad política y social» de la Administración. En este sentido, recuerda que la Administración es por naturaleza instrumental y, en muchas ocasiones, la definición de lo que es «interés general» corresponde al nivel político de dirección (Alejandro NIETO GARCÍA: «La Administración sirve con objetividad los intereses

políticas públicas, la propia articulación del programa político del Gobierno, el dinamismo de la acción administrativa general impone la necesidad de adoptar cambios continuos en la organización responsable del cumplimiento de los objetivos públicos.

De conformidad con la nueva teoría de la organización, *la flexibilidad* debe considerarse como el atributo común a cualquier organización —pública o privada—: una organización que no cambia es necesariamente una organización ineficaz. La cualidad más notable de estructuración interna de las nuevas organizaciones es, precisamente, la *capacidad de estar cambiando y adaptándose de forma permanente* (RASTROLLO HORRILLO y CASTILLO CLAVERO) (2).

### III. LA FACULTAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE AUTOORGANIZACIÓN

#### 1. La facultad autoorganizatoria como potestad administrativa

En el plano del Derecho, la facultad de las Administraciones públicas para diseñar y modelar su propia organización ha sido tradicionalmente configurada como una auténtica *potestad administrativa* (3), es decir, como la atribución por el ordenamiento jurídico a la Administración pública de un poder para crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas de los terceros para el cumplimiento de un interés de carácter público (4). Todas estas notas, que definen genéricamente a las potestades administrativas, son plenamente aplicables a la denominada *potestad de autoorganización administrativa* entendiendo por tal al «conjunto de facultades que la Administración ostenta para organizar su estructura», en orden a «la creación, supresión y modificación de órganos administrativos y la atribución de respectivas competencias a estos órganos nuevos» (5).

---

generales», en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* / coord. por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Vol. 3, (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas), Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2254.

(2) Ana María CASTILLO CLAVERO y María Ángeles RASTROLLO HORRILLO: «Nuevas TIC y estructura organizativa: de la burocracia vertical a la empresa red», en *Dirección y organización: Revista de dirección, organización y administración de empresas*, N<sup>o</sup> 30, 2004, pp. 134-144.

(3) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: «La potestad organizatoria y los derechos de los funcionarios públicos», en la obra colectiva *La protección jurídica del ciudadano: [procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional]: estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993.

(4) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I), Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 442.

(5) J.L. VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General I*, Madrid, 1977, p. 159 y sigs. reseñado por Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO en «La potestad organizatoria...», *op. cit.*



En primer lugar, se trata de un auténtico *poder jurídico* en tanto que produce efectos jurídicos frente a terceros (frente a funcionarios y ciudadanos) y cuyo ejercicio está directamente habilitado por la Ley. A ello se refiere expresamente nuestra Constitución cuando, en el apartado segundo de su artículo 103, dispone expresamente que «los órganos de la Administración del Estado son *creados*, regidos y coordinados *de acuerdo con la Ley*» (en el mismo sentido, artículo 5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado —LOFAGE, en adelante—). En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, la habilitación legal del poder autoorganizatorio de la Administración autonómica está contenido en el artículo 6.1 del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón —LACAr, en adelante— en virtud del cual la Administración aragonesa, «*en el ejercicio de su potestad de autoorganización, podrá crear los órganos administrativos que considere necesarios para el ejercicio de sus competencias*». En cuanto a las Entidades Locales, el artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local —LBRL, en adelante— incluye también a la *potestad de autoorganización* entre las potestades administrativas de titularidad local (vid. artículo 3.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón —LALAr, en adelante—).

Por otra parte, la potestad de autoorganización administrativa se incluye entre las llamadas «*potestades-función*», caracterizadas por la sujeción de su ejercicio a un determinado interés público querido por la norma habilitante. Este interés público se presenta genéricamente en la Constitución (art. 31.2 y 103.1 —vid. *supra*—) y, en una formulación más concreta, en las Leyes administrativas. En el caso de la potestad autoorganizatoria, el interés querido por el ordenamiento jurídico es el de la *eficacia de la actividad administrativa*, tanto en su vertiente propiamente administrativa como presupuestaria (principio de eficiencia). Es decir, el ordenamiento jurídico *no reconoce* a la Administración Pública una *autonomía* para gestionar sus asuntos (*sic*) sino que *le atribuye una potestad* (un poder que, por principio, no le pertenece) con una naturaleza eminentemente *finalista*. En puridad, debe enfatizarse, por tanto, que *sólo es legítimo el ejercicio de aquella potestad atribuida por la ley a la Administración, cuando ésta sujeta tal ejercicio a la finalidad preestablecida por aquélla*. Si centramos el debate en la potestad organizatoria, puede decirse entonces que este poder de autoorganización no procede un hipotético *principio de autonomía administrativa* sino que se deduce exclusivamente de la voluntad del legislador. Es la Ley, como manifestación expresa de la voluntad general, la que *apodera* a la Administración de esta facultad, por lo que el ejercicio de tal poder deberá estar enmarcado, en todo caso, en la consecución

ción y garantía del interés perseguido por la Ley y en base al cual ha decidido este *apoderamiento*: este interés legal reside —reiterémoslo una vez más— en la eficacia de la actividad administrativa [art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LPC, en adelante—, 3.2.a) LOFAGE y 5.a) LACAr].

Desde otra perspectiva, puede decirse que la potestad organizatoria es una *potestad plural* (SANTAMARÍA PASTOR) (6): no se trata de una potestad exclusivamente actuada mediante normas, sino, «por el contrario, el ordenamiento ha ido sustantivando una *variedad de poderes jurídicos con incidencia directa en la organización* con los que va cubriendo los distintos problemas que suscita la actividad organizatoria proporcionando soluciones concretas a los distintos temas que plantea toda organización y su dinámica» (7). En este sentido, la potestad organizatoria atribuida a la Administración se concreta en múltiples vertientes —ya sean de carácter singular o normativo—. En algunas ocasiones, el ejercicio de la potestad de autoorganización se traduce en órdenes verbales dictadas al empleado público por su superior jerárquico a través de la cuales éste ordena la actuación de sus subordinados en el seno de unidad administrativa de cuya adecuada gestión responde. Otras veces, puede materializarse en una resolución administrativa en virtud de la cual el órgano competente en materia de gestión de personal deniega la concesión de un determinado permiso «por necesidades del servicio». Se trata, por tanto, de una resolución administrativa que restringe el disfrute de un derecho que corresponde *a priori* al empleado (el derecho al permiso correspondiente) en base a un interés superior, determinado en el adecuado funcionamiento del servicio administrativo en el que se integra.

No obstante, el ejercicio de la potestad autoorganizatoria puede alcanzar, en otras muchas ocasiones, una naturaleza eminentemente reglamentaria, mediante la aprobación de las estructuras departamentales o de las Relaciones de Puestos de Trabajo en las que aquéllas se sustentan (art. 7.3 LOFAGE y 11.3 LACAr). Tradicionalmente, la posibilidad de las Administraciones Públicas de autoorganizarse a través de la aprobación y modificación de normas reglamentarias internas (posibilidad que no sólo se atribuye al Gobierno en ejercicio de su potestad reglamentaria originaria sino a los Ministros, a los que se les reconoce la facultad de dictar reglamentos internos a través de los

---

(6) J. SANTAMARÍA PASTOR: «La teoría del órgano en el Derecho administrativo», REDA, nº 40-41, 1984, pp. 68 y siguientes.

(7) L. MORELL OCAÑA: *Apuntes de Derecho Administrativo, Derecho de la organización administrativa*, Madrid, 1988, p. 65 reseñada por Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: «La potestad organizatoria...», *op. cit.*

cuales fijar la estructura orgánica de nivel inferior de su departamento —no así los Consejeros autonómicos— (8, 9)) se ha calificado como una facultad reglamentaria *independiente*, es decir, atribuida constitucionalmente sin la necesidad de una previa habilitación legal. Lo cierto es que esta concepción de la autodisposición reglamentaria en materia organizativa debe ser matizada, por cuanto la Ley, aunque en términos muy generales, viene a determinar los perfiles entre los que el ejercicio de esta potestad debe discurrir. En el plano estructural (10), tanto la LOFAGE como la LACAr contemplan fórmulas organizativas muy concretas sin perjuicio de presentarse con la suficiente flexibilidad como para ser moldeables por el Ejecutivo en base a las necesidades organizatorias concurrentes.

Por otra parte, las potestades administrativas —y la organizatoria, como es obvio, no es una excepción— están caracterizadas por la «posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos» (11), por la «*sujeción*» provocada sobre sus destinatarios. Siguiendo a los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple *sujeción o sometimiento de otros sujetos (...) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad*».

---

(8) En la Administración General del Estado, tal y como recuerda el profesor SANTAMARÍA PASTOR, la LOFAGE distribuye la titularidad de la potestad organizatoria entre el Presidente del Gobierno (al que corresponde la determinación del número, la denominación el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado, mediante Real Decreto —art. 8.2 LOFAGE—), el Consejo de Ministros (al que se le atribuye la posibilidad de crear, modificar y suprimir las Subsecretarías, Secretarías Generales, Secretarías Generales Técnicas, Direcciones Generales, Subdirecciones Generales y órganos similares, mediante Real Decreto, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas), a cada Ministro (la creación, modificación y supresión de los órganos de nivel inferior a Subdirección General, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas y mediante Orden ministerial —art. 10.2 LOFAGE—) y finalmente y de forma conjunta, al Ministro de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda (la creación, modificación y supresión de las unidades que no tengan la consideración de órganos, a través de las relaciones de puestos de trabajo (art. 10.3 LOFAGE)).

(9) En la Comunidad Autónoma de Aragón, la LACAr reparte de forma análoga a la legislación estatal la titularidad de la potestad organizativa: al Presidente de la Comunidad Autónoma le corresponde determinar el número y funciones de los Departamentos del Gobierno de Aragón, así como la estructura orgánica de la Presidencia (art. 12.11 del Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón —LPyGAR, en adelante—); al Gobierno de Aragón, aprobar la estructura orgánica de los Departamentos del Gobierno de Aragón (art. 16.14 LPyGAR) a iniciativa del Departamento interesado y a propuesta de los Consejeros que estén al frente de los Departamentos competentes en las materias de organización administrativa y de hacienda (art. 15.2 LACAr). A diferencia de la distribución estatal, las competencias organizatorias de los Consejeros se reducen a las de mera propuesta.

(10) El plano de las relaciones de puestos de trabajo será analizado más adelante.

(11) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, op. cit., p. 443.

Esta sujeción se hace más intensa en el ejercicio de la potestad autoorganizatoria, ya que sus destinatarios son las personas que trabajan en la organización administrativa sobre las que la Administración —entendiendo como tal, al titular de la potestad de organización— ostenta una especial facultad de intervención jurídica. Debido a ello, esta intensa vinculación ha venido incluyéndose tradicionalmente en la categoría de las *relaciones de especial sujeción* (LASAGABASTER HERRARTE) (12). Sin embargo, la distinción entre «*relaciones de sujeción general*» (que vinculan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, «sin necesidad de títulos concretos (13)») y *relaciones de sujeción especial* (ejercitables sobre quienes están en una situación organizatoria determinada de subordinación, derivada de un título concreto —p.e. sobre los funcionarios, presos, policías, militares, concesionarios de servicios públicos—) ha ido relativizándose por mor de los imperativos constitucionales.

Obviando un análisis pormenorizado de la cuestión general, parece necesario reseñar brevemente los contornos del concepto aludido, para poder advertir después su posible aplicación a las relaciones de la Administración con sus empleados en lo que afecta a la facultad organizatoria de aquélla. En general, como señala el profesor Iñaki LASAGABASTER, el concepto de «relación de sujeción especial» es muy confuso. Este concepto surgió en el Derecho alemán de la Monarquía constitucional como una auténtica facultad interna del Estado sobre sus agentes, al margen del principio de legalidad que presidía la actividad administrativa externa. Con el establecimiento de la legitimidad democrática y, más concretamente, a partir de la promulgación de la Ley Fundamental alemana de 1949, el sistema constitucional reconoció expresamente la validez de los derechos fundamentales y la reserva de ley *también* en la esfera interna del Estado. Sin embargo, a pesar de este cambio cualitativo en la normatividad constitucional, tanto la doctrina como la propia jurisprudencia mantuvieron el viejo concepto, claramente contradictorio con la Ley fundamental alemana. Ello provocaría una toma de posición por parte del Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 14 de marzo de 1972, en la que estableció definitivamente la tesis de que *las relaciones de especial sujeción sólo están justificadas desde la Constitución* (14).

En España, la importación del concepto de «relaciones de sujeción especial» durante el régimen político franquista dio lugar a la proliferación de

---

(12) Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, Ed. Civitas, IVAP, Madrid, 1994, p. 151.

(13) Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones...*, *op. cit.*, p. 151.

(14) En la monografía del profesor Ricardo GARCÍA MACHO titulada *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española* (Tecnos, Madrid, 1992) se incluye un análisis riguroso del origen doctrinal del concepto así como de la evolución de éste en nuestro país.

reglamentos independientes en el ámbito doméstico de la Administración y, en consecuencia, al reconocimiento —no sólo jurídico sino también jurisdiccional— de un margen pleno de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria y organizativa. Este estado de cosas fue amparado por la jurisprudencia hasta hace muy poco tiempo (15).

Sin embargo, la doctrina científica y jurisprudencial han derivado actualmente en un rechazo unánime del concepto de «relaciones de sujeción especial» como concepto autónomo que reconozca una intervención administrativa de intensidad extrema sobre las personas que integran la organización administrativa. En palabras del profesor MARTÍNEZ DE PISÓN, «de aquella relación unilateral, reglamentaria, que imponía la presencia de un servidor público estrechamente sometido a las decisiones de la Administración pública en lo referente a los derechos concretos que cabía reconocérsele, que partía de una concepción de Administración casi omnipotente de puertas adentro, con la excusa del binomio potestades domésticas/sujeción especial de los funcionarios, de aquella relación queda ya bastante poco, por no decir que ha desaparecido» (16). La afirmación del carácter jurídico de las normas de organización, el refuerzo consistente en que esas normas son, en lo principal, de rango constitucional y legal (principios de legalidad y de reserva de Ley, y principios organizatorios de la Constitución), las cautelas que se derivan del principio de legalidad en materia sancionadora (incluida la disciplinaria), la situación de verdadero sometimiento del reglamento a lo anterior en la medida en que su labor será de complementariedad (y cuando sea posible), la observación de que no hay un *genus* común a las situaciones que han sufrido la calificación de relación de especial sujeción ... excluyen el seguir hablando de un ámbito de poder autónomo en el que las situacio-

---

(15) El profesor MARTÍNEZ DE PISÓN recuerda, a estos efectos, los siguientes pronunciamientos jurisdiccionales: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1981 indicaba que la situación de un funcionario «se inserta en una normativa estatutaria *sujeta a la facultad de modificación unilateral en manos de la Administración*»; por su parte, según la STS 5 de octubre de 1988, «*nada puede condicionar o limitar el ejercicio de las facultades organizativas de la Administración, cuando ésta las regule u ordena mediante el uso de sus facultades normativas*»; finalmente, el autor menciona también la STS de 12 de mayo de 1987 que, sobre la pervivencia o no de la potestad reglamentaria de los Ministros, sostiene su vigencia cuando su objeto sea «*el de mera organización o de regulación de relaciones con los administrados sujetos por una especial situación jurídica con el Ministerio, como es el caso de los empleados públicos dependientes del mismo*»; dicha competencia pervive, insiste, «para los Reglamentos que se promulguen en función de la *potestad reglamentaria de la Administración de naturaleza autónoma*, que no comprende al de promulgar Reglamentos ejecutivos de una Ley que se dicten para completarla, desarrollarla o pormenorizarla que corresponden al Consejo de Ministros».

(16) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Civitas, Madrid, 1995, p. 243.

nes personales de los funcionarios públicos quedan configuradas por el mencionado poder (17).

Esta nueva perspectiva exige presentar una visión alternativa de la intervención organizatoria de la Administración sobre sus empleados para evitar, como tantas veces ocurre, que se pase de un extremo al otro del viraje doctrinal (de la sujeción expansiva del *status funcional* a la discrecionalidad de la Administración, por un extremo, a la restricción más absoluta de las facultades de organización de aquélla en pro de un hipotético *status inviolable* de derechos funcionariales, por el otro). A ello nos vamos a referir en lo que resta del presente estudio.

## 2. La potestad organizatoria como potestad administrativa discrecional

No obstante, aunque limitada —como hemos anticipado— por los imperativos constitucionales y por los contornos de la reserva legal, la potestad de autoorganización sigue teniendo un marcado carácter discrecional. Su ejercicio, como el del resto de las potestades discrecionales de la Administración, comporta la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración. Ahora bien, como señalan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, esta estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, como había entendido la antigua doctrina, sino más bien un caso típico de *remisión legal*: «no hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente solo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto» (18). Como luego veremos, el juicio de oportunidad que conlleva toda decisión organizatoria no comprende un espacio ajeno al Derecho, sino al revés; es precisamente el ordenamiento jurídico el que da sentido y cobertura a este margen de oportunidad valorativa. En palabras del profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ, la disyuntiva «legalidad y oportunidad» es un falso dilema: la Ley puede y debe conceder a la Administración —en los límites en que la Constitución en cada caso lo permita— tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos que la Ley convenga darla en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa (art. 103.1 CE) (19).

(17) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 242.

(18) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, op. cit., p. 454.

(19) Como ya hemos advertido, no es nuestra intención volver a presentar el debate abstracto relativo al alcance y a la naturaleza de la discrecionalidad administrativa (a ello se han dedicado múltiples monografías y artículos doctrinales). Nuestra intención es concretar esta problemática gene-

En el caso de la potestad autoorganizatoria, la amplia discrecionalidad habilitada legalmente viene determinada por un doble fundamento. En cuanto que la organización administrativa supone la objetivación de unas funciones eminentemente públicas (art. 103.1 de nuestra Constitución: *la Administración sirve con objetividad los intereses generales*) y el aparato organizativo se inserta en una institución de naturaleza política, la organización correspondiente está condicionada primariamente por unos *presupuestos políticos*, unas decisiones políticas que le vienen impuestas; como señala el profesor COSCULLUELA MONTANER, la organización administrativa es el resultado de una *decisión política* que tiene, en el terreno de los grandes principios que deben informar la organización administrativa, unas consecuencias trascendentales en orden a la penetración de la representación política en las estructuras burocráticas, a la creación de diversos niveles de adopción de decisiones a escala territorial y, en fin, al grado de participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas (20).

Pero al tiempo, esa decisión organizacional de carácter político deberá estar respaldada por criterios de naturaleza técnica, propios de la teoría de la organización (art. 103.1 CE: *la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia*). Como señala el autor antes citado, «la decisión política no se produce en el vacío, supone la adopción de uno u otro modelo organizativo, también su corrección o modulación y, en este sentido, *los análisis científicos influyen en la decisión política*» (21). Esta necesaria valoración técnica deberá realizarse en el seno de la propia organización pública, limitándose la Ley a establecer los principios organizativos generales y la estructura orgánica básica. A partir de ahí, corresponderá a los titulares del poder ejecutivo la determinación concreta de la opción organizatoria que, en base a los estudios científicos y a las distintas resoluciones políticas, resulte finalmente más acorde a las circunstancias concurrentes.

De tales condicionantes deriva el amplio margen de apreciación que las Leyes administrativas actuales permiten a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas a la hora de configurar las estructuras organizativas de

---

ral en el ámbito concreto de la potestad organizatoria —ámbito, por otra parte, donde la discrecionalidad administrativa se presenta con toda su crudeza—, delimitando, en la medida de lo posible, el alcance de este poder en el *status* jurídico de los empleados públicos. (Sobre la discrecionalidad en general: BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ, T.R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª ed., Civitas, 1999).

(20) Luis COSCULLUELA MONTANER: *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 159.

(21) Luis COSCULLUELA MONTANER: *Manual ...*, *op. cit.*, p. 159.

éstas últimas. Así, el propio artículo 11.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone, de forma taxativa, que «*corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización*».

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha ratificado este amplio margen de discrecionalidad atribuido a la Administración en el ejercicio de la potestad organizativa. Tal y como indica la STSJ Cataluña de 56/2005, de 24 de enero (22) «*en materia organizativa la Administración goza de un amplio poder que le permite configurar las unidades y servicios de que está dotada para el cumplimiento de su misión, con libertad y sin más límites que el respecto a la legalidad y la sumisión a la satisfacción del interés público (...)*».

No obstante, la jurisprudencia ha sido, en términos generales, moderadamente rigurosa a la hora de valorar la extralimitación arbitraria por la Administración en el ejercicio de esta potestad, señalando imperativamente los límites generales y específicos que a los que ésta se sujeta.

### **3. Vertientes materiales de la potestad organizatoria. En concreto, la incidencia de la potestad organizatoria en los ámbitos de la movilidad forzosa de los empleados públicos y de la ordenación de los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas**

Pues bien, la potestad organizatoria presenta variadas vertientes y afecta a múltiples aspectos de la actividad administrativa. El procedimiento administrativo, la gestión patrimonial así como la ordenación presupuestaria se ven vinculados directamente por la fórmula organizativa de la estructura orgánica que los sustenta.

En especial, la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas afecta a la ordenación de las personas que trabajan en el seno de la estructura administrativa. Desde el punto de vista de los empleados públicos, una de las vertientes en las que la discrecionalidad organizatoria alcanza una mayor intensidad en lo que a su *status jurídico* se refiere es, sin duda, la de la facultad administrativa de modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo así como la que afecta la movilidad forzosa de los empleados públicos.

---

(22) No son demasiados los casos que llegan hasta el Tribunal Supremo debido a que los asuntos de personal sólo son susceptibles de recurso de casación cuando «afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera» (art. 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).



Por lo que afecta a la primera de tales vertientes —la facultad de articulación de los puestos de trabajo a través de la modificación de las respectivas Relaciones—, se trata de una facultad directamente vinculada a la potestad de organización general, es decir, la que permite a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas configurar discrecionalmente la estructura de sus organizaciones. No en vano, el *puesto de trabajo* se configura en nuestro ordenamiento jurídico como la pieza clave del Derecho de la organización administrativa: tanto la LOFAGE como la LACAr definen como elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas a los *puestos de trabajo* (art. 7.1 LOFAGE y art. 11.1 LACAr), por lo que podría decirse que la estructura orgánica y la estructura de personal son dos caras de una misma moneda (23).

Los puestos de trabajo vienen a agruparse organizativamente en las denominadas relaciones de puestos de trabajo, verdadero quicio de nuestro sistema de organización pública. De conformidad con el artículo 7.3 LOFAGE «*las unidades administrativas se establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo, que se aprobarán de acuerdo con su regulación específica, y se integran en un determinado órgano*». En el mismo sentido, el artículo 11.3 LACAr dispone que «*las unidades administrativas se crearán, modificarán y suprimirán a través de las relaciones de puestos de trabajo, de acuerdo con lo que dispongan las normas sobre modificación de estructuras que apruebe el Gobierno de Aragón a propuesta del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales*». Por su parte, el artículo 74 del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público confirma que «*las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares (...)*». La naturaleza organizativa de las Relaciones de Puestos de Trabajo se ve ratificada por la previsión del artículo 17.2 LOFPAr, de conformidad con la cual «*la aprobación de modificaciones en las estructuras orgánicas de los Departamentos exigirá, (al mismo tiempo), la de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo (y la de los créditos presupuestarios necesarios para atender las remuneraciones)*».

---

(23) No parece conveniente analizar pormenorizadamente en esta sede el concepto de «puesto de trabajo» y su relevancia en el sistema de empleo público español. Su importancia es sobradamente conocida. El *puesto de trabajo* se concibe en nuestro sistema jurídico como la pieza clave del modelo de función pública. Se trata de la *vertiente objetiva* de la relación funcional, cuya caracterización concreta viene determinada por la clasificación del puesto de trabajo que ocupa el empleado público. Como señala Ricardo DE VICENTE DOMINGO, el puesto tiene una función de *presupuesto necesario* para otras reglas como la Oferta de Empleo Público (art. 23 LOFPAr), el régimen de selección y de provisión de puestos (los puestos deben preexistir en las RPT para la provisión reglamentaria (art. 15.1.f) LMRFP y 17.4 LOFPAr) así como la carrera del funcionario [Ricardo DE VICENTE DOMINGO: *El puesto de trabajo en el Derecho de la Función Pública*, Ed.Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 39].

Desde este punto de vista, el artículo 15.1 LMRFP (24) ha definido a las Relaciones de Puestos de Trabajo como «*el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo*». A través de aquéllas, se crean, modifican, refunden y suprimen los puestos de trabajo (art. 17.3 LOFPAr), y en su contenido se incluyen necesariamente todos los puestos permanentes de la organización administrativa, con expresión de su naturaleza de puesto de funcionarios, de contratado laboral o de personal eventual. En los dos primeros casos se especificará la denominación, el nivel o categoría, el modo de provisión, los requisitos exigidos para su desempeño y las retribuciones complementarias que le correspondan (art. 17.1 LOFPAr).

En general, la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad de ordenación de los puestos de trabajo se ha visto tradicionalmente promovida por el generalizado reconocimiento del carácter reglamentario de las relaciones de puestos de trabajo. En opinión de la profesora MOREU CARBONELL, las RPT son *auténticas normas de carácter organizativo y planificador*, con una naturaleza claramente reglamentaria, en tanto que las mismas se integran en el ordenamiento jurídico «con vocación de permanencia y con una finalidad innovadora, que se deduce del contenido y funciones que la legislación sobre función pública reserva a estos instrumentos de ordenación» (25, 26). El carácter de disposición administrativa general ha sido reconocido también por vía jurisprudencial: pese a que inicialmente la jurisprudencia concedía a las relaciones de puestos naturaleza de *acto plural* más que normativo (STS 28 de septiembre y 16 de octubre de 1987, 12 de julio de 1988, entre otras) posteriormente cambió de orientación (STS 14 de enero y 25 de abril de 1995) sancionando el carácter de disposición general de los acuerdos de clasificación de puestos de trabajo y fijación de plantillas así como de los complementos retributivos de los funcionarios, «de forma que puede decirse que *existe una doctrina consolidada que reconoce a las relaciones de puestos de trabajo apro-*

---

(24) El Estatuto Básico del Empleado Público ha venido a derogar múltiples preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública (Disposición Derogatoria Única). No obstante, de conformidad con su Disposición Final Cuarta, la LMRFP, como norma de ordenación, planificación y gestión de los recursos humanos de las Administraciones públicas, mantendrá su vigencia en lo que no se oponga al Estatuto Básico, hasta tanto se dicten las correspondiente normas legales de desarrollo del mismo.

(25) El carácter reglamentario de las RPT se ve corroborado por la facultad atribuida a las Administraciones Públicas de libre derogación de las RPT (ya que si se trataran de meros actos administrativos —aun de carácter plural— la revocación de las mismas debería realizarse a través de los medios procedimentales señalados en la LPC).

(26) Elisa MOREU CARBONELL: «Las Relaciones de Puestos de Trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas», RAP 144, septiembre-diciembre 1997, p. 433.

*badas por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades organizatorias naturaleza normativa, atendido su carácter ordinamental y a las notas de generalidad, abstracción y permanencia que en ellas concurren, diferenciándolas de los actos con destinatario plural e indeterminado que carecen de contenido normativo» (27). Ello provoca, siguiendo al profesor DE VICENTE DOMINGO (28), que se reconozca a la Administración un margen más amplio de discrecionalidad en base al carácter «normativo» de su facultad. No debe olvidarse, en este sentido, que aunque la potestad reglamentaria de la Administración está sujeta por entero al principio de legalidad administrativa (art. 103.1 CE), el ejercicio de esta potestad será necesariamente más innovador y creativo que la mera aplicación de Derecho a través de actos administrativos por lo que existirá un número mayor de elementos discrecionales en aquella potestad (la reglamentaria) que en ésta última (la meramente ejecutiva).*

#### **4. En concreto, el carácter discrecional de la potestad de ordenación de los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas**

Como ya hemos señalado, la ordenación de los puestos de trabajo a través de las relaciones de puestos de trabajo se caracteriza por su carácter discrecional (por lo menos, en lo que afecta a algunos de sus extremos; ahora lo veremos). Pero lo cierto es que el carácter organizatorio de la ordenación de los puestos de trabajo, materializado en la posibilidad de las Administraciones Públicas de crear, modificar, refundir o suprimir puestos a través de las RPT deja un amplio margen valorativo a la decisión de aquéllas. Tradicionalmente, la propia configuración organizativa de las RPT y su condición de instrumento de ordenación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas ha llevado a la jurisprudencia a reconocer con una laxitud apreciable la discrecionalidad administrativa en la materia: «en materia de clasificación de puestos de trabajo —señala la STSJ de Castilla-La Mancha 164/2003, de 12 de diciembre—, *la Administración goza de una gran libertad y discrecionalidad al ser la relación de puestos uno de los instrumentos básicos por medio del cual se lleva a cabo la potestad de organización de la Administración en el régimen de función pública implantado tras la Ley 30/1984, de 2 de agosto (...)*» (29).

Por su parte, la STSJ Comunidad de Madrid 1865/2005, de 24 de noviembre, indica, en la misma línea doctrinal, que «la medida adoptada [una

---

(27) STSJ Región de Murcia 990/2000, de 22 de noviembre (JUR 2001/31450).

(28) Ricardo DE VICENTE DOMINGO: *El puesto de trabajo ...*, op. cit., p. 51.

(29) En el mismo sentido, STSJ Cataluña 56/2005, de 24 de enero y STJ Comunidad de Madrid de 16 de junio de 1999.

reorganización funcional de unidades administrativas] *ha de relacionarse, necesariamente, con lo que es una actuación de la Administración, encuadrable dentro de lo que son sus facultades de autoorganización, que conectan con la discrecionalidad «técnica» en cuyo ejercicio se reconoce un alto grado de autonomía en cuestiones que ha resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, y que implica una posibilidad de opción entre dos o más soluciones igualmente válidas según la Ley, escapándose al control jurisdiccional, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, el cual deben ejercerlo en la medida en que dicho juicio técnico afecte al marco legal, a cuestiones de legalidad, pero no a criterios extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia que la Ley no predetermina, sino que deja a la propia decisión de la Administración que puede optar según su subjetivo criterio y con arreglo a los fines para los que la Ley le concedió la libertad de elegir (...)*».

Sin embargo, la existencia de cierta discrecionalidad en el ejercicio de la ordenación de los puestos de trabajo y, en general, de la potestad organizatoria, no supone una libertad total en el proceso de valoración estimativa por parte de la Administración.

#### **IV. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD AUTOORGANIZATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN SU RELACIÓN CON LA ORDENACIÓN DE SUS RECURSOS HUMANOS**

En este sentido, es claro que el ámbito de libre estimación atribuida en esta materia a las Administraciones Públicas queda limitado por los condicionantes legales y jurídicos que concurren en el ejercicio de esta potestad, entre los que podemos destacar la propia finalidad constitucional de la organización administrativa (art. 103.1 CE), los derechos de los funcionarios públicos, el principio de legalidad y reserva de ley —derivado de la naturaleza estatutaria del vínculo funcional—, el principio de igualdad ante la Ley y el resto de elementos de la potestad fijados de forma reglada por el legislador correspondiente.

##### **1. La finalidad de la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas: la eficacia administrativa**

Cualquier referencia al objetivo último de la facultad atribuida a las Administraciones Públicas para organizar su propia estructura, debe circunscribirse a la finalidad constitucional propia de aquéllas: el cumplimiento objetivo del interés general (art. 103.1 CE). La consecución de los intereses generales (cuya

determinación corresponde en su mayor parte al legislativo —de forma que la Administración Pública, en la mayoría de los supuestos, sólo se limita a aplicar el objetivo de interés público fijado por la norma legal por la que rige su actuación—) es, precisamente, el fundamento de la atribución por la Ley de un poder, el organizatorio, que tan intensamente afecta a los destinatarios de su ejercicio.

Sin embargo, el propio artículo 103.1 CE incluye un principio jurídico que hace referencia directa a este elemento teleológico de la potestad administrativa de autoorganización: es el principio de eficacia. Este principio, comprendido expresamente en el precepto constitucional como *uno más* de los que dirigen la actividad de nuestras Administraciones Públicas, contiene en su naturaleza una diferencia fundamental con el resto de los enumerados por la Constitución. En concreto: mientras que los principios de jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación pueden calificarse de puramente *instrumentales* en relación con la finalidad constitucional de la actividad administrativa, el de eficacia incluye en su propio contenido conceptual al conjunto del interés general. En otras palabras: una Administración que sirve a los intereses generales prefijados por la Ley es una Administración eficaz porque, pura y simplemente, cumple el objetivo constitucional para la que ha sido creada jurídicamente.

De ahí la profunda diferencia que separa en este punto a las organizaciones públicas de las privadas. Mientras que en estas últimas, la eficacia supone la consecución de los intereses propios, en las primeras impone el cumplimiento de los ajenos y, en concreto, de los públicos (prefijados por la Ley). Precisamente, en la *ajenidad* del interés perseguido reside, una vez más, el fundamento último de la teoría de las potestades administrativas —entre las que se incluye la autoorganizatoria—. La eficacia se entenderá, por tanto, como a la *efectividad* de ese ejercicio.

El Tribunal Constitucional ha enfatizado reiteradamente el valor jurídico de la eficacia. En su Sentencia 178/1989, el Alto Tribunal ha señalado al efecto que «si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*, una de sus consecuencias es, sin duda, la *plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad*, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente». En el mismo sentido señala el profesor ARENILLA SÁEZ, junto a la tradicional legitimación democrática de la Administración, sustentada sobre el principio de legalidad y la dirección política de su estructura, se ha desarrollado una legitimidad complementaria —nunca alternativa—: la legitimidad de

la eficacia (30). Desde la misma perspectiva, se ha dicho que *el principio de eficacia hace operativo, en el plano administrativo, el significado propio del Estado social* (PAREJO ALFONSO) (31).

De forma correlativa, este principio tiene su plasmación económica en el denominado *principio de eficiencia*, proclamado a nivel supralegal por el artículo 31.2 de nuestra Constitución. En general, la eficiencia supone que, en el plano del gasto público, la Administración deberá ser eficaz y, al tiempo, deberá serlo con el menor coste; esto significa una matización importante a la doctrina tradicional de la potestad de autoorganización administrativa debido a que se incluye en el análisis de la regularidad del ejercicio de la potestad organizatoria de la Administración un componente económico, cuya toma en consideración se torna constitucional —y legalmente— imperativa [recordemos, al efecto, el artículo 12 LACAr: «las normas que establezcan la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma fijarán la estructura *que se considere imprescindible* para el adecuado ejercicio de sus competencias (expresión del principio de eficiencia) y deberán distribuir éstas entre los diferentes órganos, de manera que las unidades y los puestos de trabajo *se adapten con flexibilidad a los objetivos* que, en cada momento, les sean asignados (expresión del principio de eficacia)»].

Todos estos condicionantes se hacen también patentes en la organización de las personas que trabajan en las Administraciones Públicas y, en particular, en la ordenación de los puestos de trabajo.

Ya hemos señalado que la finalidad de la facultad organizativa de las Administraciones Públicas es la consecución del interés general fijado por la Ley o, lo que es lo mismo, la eficacia en el desempeño de su función constitucional (art. 103.1 CE). Pues bien, la ordenación de los puestos de trabajo se articula como un medio fundamental para la consecución de esta finalidad: podría decirse, con la STS de 17 de marzo de 2005, que la potestad organizatoria, como toda potestad administrativa, es *esencialmente finalista*.

Por tanto, el ejercicio de la potestad de autoorganización administrativa deberá dirigirse necesariamente a la consecución de los fines de interés general fijados previamente por las leyes. El objetivo de la eficacia es, desde esta perspectiva, un auténtico límite para el ejercicio de esta potestad pública de tal forma que si la actividad organizativa escapa de esta finalidad, deviene en ilegal por desviación de poder (art. 70.2 LJCA) (32).

---

(30) Manuel ARENILLA SÁEZ: *Legitimidad y eficacia en la Administración pública*, GAPP, nº 26/27, enero-agosto 2003, p. 71 y ss.

(31) Luciano PAREJO ALFONSO: *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, DA nº 218-219 (abril-septiembre 1989), p. 31.

(32) A la desviación de poder en este ámbito nos referiremos en un momento posterior de nuestro estudio.

## 2. Los derechos de los funcionarios públicos. En particular, la cuestión de los denominados «derechos adquiridos»

Por otra parte, la potestad organizatoria también viene limitada por los derechos que la Ley reconoce a los funcionarios públicos (arts. 14 y 15 EBEP) (33). Se trata de una enumeración donde se incluyen derechos de muy diversa naturaleza, como comprobaremos a continuación. Pero para facilitar el enfoque del análisis, podemos distinguir, siguiendo al profesor MARTÍNEZ DE PISÓN, entre tres grandes tipologías de derechos funcionariales: los derechos fundamentales, los puramente estatutarios y los no estatutarios (34).

---

(33) El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público ha recogido en su artículo 14 una enumeración no exhaustiva de los derechos cuya titularidad corresponde al conjunto de los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley. Tales derechos son: el derecho a la *inamovilidad* en la condición de funcionario de carrera [art. 14.a) EBEP], el derecho al *desempeño efectivo* de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional [art. 14.b) EBEP], 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 [art. 14.c) EBEP], a *percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio* [art. 14.d) EBEP], a *participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar* [art. 14.e) EBEP], 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 [art. 14.f) EBEP], a la *formación continua* y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral [art. 14.g) EBEP], a *la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral* [art. 14.i) EBEP], a la *libertad de expresión* dentro de los límites del ordenamiento jurídico [art. 14.k) EBEP], a *recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo* [art. 14.l) EBEP], a *las vacaciones, descansos, permisos y licencias* [art. 14.m) EBEP], a la *jubilación* según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables [art. 14.n) EBEP], a *las prestaciones de la Seguridad Social* correspondientes al régimen que les sea de aplicación [art. 14.o) EBEP], a la *libre asociación profesional* [art. 14.p) EBEP] y «a los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico» [art. 14.q) EBEP].

Por su parte, el artículo 15 EBEP incluye los derechos de carácter individual de ejercicio colectivo, tales como el derecho a la *libertad sindical*, el derecho a la *negociación colectiva* y a la *participación en la determinación de las condiciones de trabajo*, el derecho al ejercicio de la *huelga*, el derecho al planteamiento de *conflictos colectivos de trabajo* y el derecho de *reunión*.

(34) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 105 y siguientes.

## **A) Los derechos fundamentales como límite imperativo del poder administrativo de organización**

Por su propia naturaleza constitucional, los derechos fundamentales de los funcionarios quedan necesariamente excluidos del ámbito de afectación jurídica de la potestad administrativa de autoorganización debido a que, tal y como dispone el artículo 53.1 de la Constitución, «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». Esta especial protección conferida por la Constitución a los derechos fundamentales y a las libertades públicas de los ciudadanos (y, por lo tanto, también de los funcionarios en su condición de ciudadanos y, al mismo tiempo, de personal de la Administración Pública) impide todo intento de construcción (reglamentaria o por meros actos administrativos) de potestades administrativas discrecionales cuyo objeto sea permitir, limitar o impedir el ejercicio de aquéllos. En esta categoría de derechos, la potestad organizatoria carece plenamente de virtualidad (35).

### **a) En particular, el derecho a la igualdad de los funcionarios como límite a la potestad autoorganizatoria de las Administraciones Públicas**

En consonancia con lo anterior, el principio de igualdad (art. 14 y 23.2 CE) constituye un límite fundamental al ejercicio de la facultad de las Administraciones Públicas de organizar sus efectivos personales.

La jurisprudencia ha venido empleando en esta cuestión el criterio que la doctrina constitucional ha fijado con carácter general en relación con los contornos de la desigualdad jurídica permitida por el principio consagrado por el artículo 14 CE, más allá de los cuales la diversidad desciende a la categoría de discriminación arbitraria, haciendo decaer la constitucionalidad (y, por tanto, la legalidad) del acto de disposición (general o particular) realizado por la respectiva Administración Pública. En este sentido, el Tribunal

---

(35) En este grupo podemos incluir algunos de los derechos enumerados en los artículos 14 y 15 EBEP, como el derecho al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, el derecho a la no discriminación, el derecho a la libertad de expresión, a la libre asociación profesional, a la libertad sindical, al ejercicio de la huelga y el de reunión. No obstante, esta enumeración no es exhaustiva. En su condición de simples ciudadanos, los funcionarios, como es obvio, también tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, libertad de pensamiento, libertad y seguridad, a la libertad de circulación, producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la comunicación y recepción libre de información veraz, reunión pacífica, asociación, sufragio activo, tutela judicial y legalidad punitiva, a la educación, y al derecho de petición.



Constitucional ha definido el principio de igualdad como la *prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable* (36). «Desigualdad significa —dice la STSJ Cataluña 381/2006, de 20 de abril— *discriminación no razonable*».

En concreto, la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse en un elevado número de casos sobre la razonabilidad de supuestas desigualdades retributivas, ya sea entre colectivos funcionariales o entre empleados públicos concretos. Desde la primera relación comparativa, la doctrina constitucional reitera que «*para apreciar desigualdad entre estructuras que son creación del Derecho, como son Cuerpos y categorías funcionariales, no basta una constatación de la diferencia retributiva para justificar una pretendida equiparación de retribuciones, al no existir norma constitucional en base a la cual todas las categorías de funcionarios con igual titulación o función hayan de tener asignadas las mismas, ya que no aseguran la identidad de circunstancias que el legislador o la Administración pueden tomar en consideración*» (37). En concreto, la STC 68/1989 ya había dispuesto que «*la equiparación entre dos Cuerpos, Escalas o categorías de funcionarios, a efectos de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, no puede fundarse exclusivamente en la identidad de titulación requerida para el ingreso en los mismos, en la similitud de su denominación o de las funciones que corresponde desempeñar a sus integrantes o en circunstancias de hecho semejantes*». La razón señalada por el Alto Tribunal estriba en que «*la igualdad o desigualdad entre Cuerpos de funcionarios o, más en general, entre estructuras que, en cuanto tales prescindiendo de su substrato sociológico real, son creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellas, esto es, de su configuración jurídica*». Puede advertirse, por tanto, que el criterio empleado por la jurisprudencia constitucional para purgar infracciones del principio de igualdad en las retribuciones de los funcionarios públicos no es el de la simple constatación de desigualdades retributivas sino la de la aplicación por parte de los poderes públicos de un *criterio no razonable ni objetivo* en la fijación de tal desigualdad. Así lo explicita el Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/1992: «*desde la STC 7/1984, este Tribunal ha venido sosteniendo que la discriminación entre estructuras que son creación del Derecho, cuales son los Cuerpos y, hay que entender que en general, las situaciones funcionariales, de existir, resultará sólo del hecho de que la*

---

(36) SsTC 8/1981, de 30 de marzo; 10/1981, de 6 de abril; 22/1981, de 2 de julio; 23/1981, de 10 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 81/1982, de 21 de diciembre; 34/1984, de 9 de marzo; 166/1986, de 19 de diciembre; 114/1987, de 6 de julio; 116/1987, de 7 de julio; 123/1987, de 15 de julio; 128/1987, de 16 de julio; y 209/1988, de 10 de noviembre.

(37) SsTC 71984; 68/1989, de 19 de abril; 77/1990, de 26 de abril; 8/1992, 236 y 237/1994, por todas.

*Administración aplique criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales» (38).*

La cuestión de la desigualdad retributiva se centra también en la fijación del complemento específico de los funcionarios públicos, cuya cuantía viene determinada por la Administración en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo, en virtud de criterios objetivos como *la especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad del puesto de trabajo*. Lo cierto es que la valoración de todos estos condicionantes, que podrían calificarse como conceptos jurídicos indeterminados (39), comporta un cierto grado de discrecionalidad estimativa por parte de la Administración (40).

Desde esta perspectiva, «el principio de igualdad se ha de aplicar cuando se trata de actuaciones discrecionales de la Administración, y así, cuando se estima dar un determinado complemento específico a un puesto de trabajo, *ha de reconocerse el mismo complemento a quienes desempeñen puestos con idéntico contenido, dificultad y responsabilidad*, porque el otorgar a un puesto un complemento específico distinto a otro idéntico es *discrecional*, pero una vez otorgado a un puesto no es discrecional reconocerlo a quienes desempeñan idéntico trabajo, sino que en virtud del principio de igualdad debe reconocerse a todos» (STSJ Castilla-La Mancha 378/2001, de 21 de mayo).

---

(38) Tal y como recuerda la STC 50/1986, «de existir la discriminación, derivará de la aplicación de criterios de diferenciación no objetivos ni generales, disfrutado la Administración, además, de un margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar su estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio».

(39) Es célebre la doctrina importada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA de la ciencia jurídica alemana relativa a los llamados «*conceptos jurídicos indeterminados*»: obviando cualquier pormenorización, sólo debemos recordar que, de conformidad con esta técnica, la Ley se refiere a una esfera de realidad *cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado*, pero cuya aplicación al caso concreto *no admite más que una solución*, «*o se da el concepto o no se da*». No obstante, las dificultades que presenta la aplicación mecánica de esta técnica (ya que, en muchas ocasiones la valoración realizada por la Administración está sujeta a numerosos condicionantes técnicos que hacen difícil la concreción de una solución fija e incontrovertible), el propio autor reconoce en la estructura de los llamados «*conceptos jurídicos indeterminados*» una *zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto»*, donde la doctrina alemana reconoce «*un margen de apreciación*» a favor de la Administración, entendiéndolo como un margen de apreciación *puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos* (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, *op. cit.*, p. 460).

(40) Con una intención meramente informativa —puesto que el régimen retributivo del Estatuto Básico del Empleado Público todavía no ha entrado en vigor (con excepción del reconocimiento de los trienios acumulados por los funcionarios interinos)— el Estatuto Básico, en su artículo 24, ha venido a incluir nuevos criterios de determinación del complemento específico funcional (p.e. el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos así como los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo).

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha aplicado este criterio con acentuada laxitud, amparando en la mayoría de las ocasiones la actuación valorativa de la respectiva Administración. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *«ni siquiera la diferencia retributiva de funcionarios que desempeñan los mismos o similares puestos de trabajo constituye una vulneración del derecho a la igualdad, ya que no hay norma alguna, ni siquiera el artículo 14 CE, en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual titulación o función hayan de tener asignada una misma retribución, porque la unidad de título o la igualdad de función por sí solas no aseguran la identidad de circunstancias que el legislador o la Administración pueden tomar en consideración, quienes por el contrario pueden ponderar otros criterios objetivos de organización. La discriminación de existir únicamente derivará de la aplicación por el legislador o la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales, disfrutando además de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio»* (41).

El amplio margen de apreciación atribuido por el Tribunal Constitucional a la Administración pública también ha calado, como no podría ser de otra manera (art. 5.1 LOPJ), en la jurisprudencia ordinaria. La STS de 5 de abril de 1989 ya señalaba que *«(...) en materia de complemento, estamos en presencia de una nueva ordenación determinante de que los distintos puestos de trabajo puedan generar complementos diferentes, aunque sean desempeñados por funcionarios del mismo cuerpo o escala, así como que puestos de trabajo, aparentemente similares o de parecidas características, puedan originar retribuciones distintas por las condiciones ínsitas de cada uno de ellos»*. Tal como señala la STSJ Castilla-La Mancha 378/2001, de 21 de mayo, *«(...) esta Sala ha declarado que el carácter técnico y discrecional de las relaciones de puestos de trabajo admite que en una misma unidad administrativa puedan existir puestos de trabajo con contenidos análogos pero diferentes complementos de destino y específicos, salvo que la determinación de estos complementos se haya realizado al margen de las determinaciones usadas para realizar la relación de puestos, o se haya realizado arbitrariamente»* (42).

El *quid* de la cuestión se encuentra, como tendremos ocasión de ver más adelante, en la motivación que realice la Administración de la diferencia retributiva.

---

(41) Autos 44/1986, 6/96, y 318/96, así como las SsTC 7/1984, 68/1989, 77/1990, 48/1992, 236 y 237/1994 y 9/1995.

(42) El tema de la arbitrariedad se tratará más adelante. Aquí nos limitamos a analizar el plano del derecho a la igualdad.

## **b) La libertad sindical: la participación de los trabajadores en el ejercicio de la potestad organizatoria**

Entre los límites a la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas se encuentran los derivados del ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios públicos. La libertad sindical ha sido reconocida constitucionalmente con la naturaleza propia de derecho fundamental (art. 28 CE). De conformidad con el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical —LOLS, en adelante—, la titularidad de este derecho se extiende al conjunto de los empleados públicos (*vid.* art. 15.a) EBEP) (43), por lo que resultan plenamente aplicables a las Administraciones públicas las garantías sindicales reconocidas en la mencionada Ley Orgánica.

Por una parte, se proscriben, bajo sanción de nulidad absoluta, las decisiones organizatorias cuya adopción supongan «cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales» (art. 12 LOLS). Ello no es sino una aplicación concreta del principio general de no discriminación (art. 14 CE).

Por otra parte, se reconoce a los *delegados sindicales* la garantía (art. 10.3 LOLS) de inamovilidad por razón de sus funciones representativas, lo que supone una limitación importante al ejercicio de las potestades organizatorias relacionadas con la movilidad de los funcionarios públicos. Esta limitación no supone la imposibilidad total de traslado forzoso de los funcionarios públicos que ostenten la condición de delegado sindical, sino simplemente la movilidad forzosa de éstos por razones directa o indirectamente relacionadas con sus labores representativas. Ahora bien, corresponde a la Administración la motivación extrasindical de la decisión organizatoria. Así, la STC 85/199 afirma que «como ya ha declarado este Tribunal (STC 193/1993, de 18 de octubre y ATC 3671989), *la libertad sindical no confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto de trabajo que impida a la Administración adoptar aquellas medidas que, desde el aspecto organizativo de sus servicios, considere necesarias para el mejoramiento y mayor eficacia de éstos, corrigiendo sus deficiencias con la adscripción a los mismos de aquellos funcionarios que estime más capaces,*

---

(43) En concreto, el artículo 1.1 LOLS señala expresamente que «*todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales*», precisando en su apartado segundo que «*a los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas*». Ello hace concluir necesariamente que los funcionarios públicos quedan incorporados al ámbito de aplicación de la Ley.

*sin que tal cambio constituya limitación alguna al libre ejercicio de sus funciones sindicales»* (FJ 6<sup>º</sup>). En igual sentido, STC 127/1995, de 25 de julio, 85/1995 y 17/1996 (44).

Aunque el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no tiene rango constitucional —y, por lo tanto, tiene la consideración de «derecho estatutario», de configuración meramente legal (45)—, por su proximidad a la cuestión que tratamos en este apartado, parece conveniente analizar aquí el tema relativo a la obligatoriedad —o no— de la negociación colectiva de las decisiones organizativas. El Estatuto Básico del Empleado público establece, como carácter general, la regla de que las «decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización» quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación (art. 37.2 EBEP). Sin embargo, se trata de una regla general parcialmente limitada en cuanto que el mismo artículo 37 dispone expresamente que cuando las consecuencias de tales decisiones *tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos* (46) *procederá la negociación de dichas condiciones* con las Organizaciones Sindicales correspondientes.

---

(44) Como recuerda la STSJ Canarias 27/2000, de 29 de mayo, «el Tribunal Constitucional ha resaltado desde la STC 38/1981, la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela antidiscriminatoria por razones sindicales. Señala que cuando se alegue que una determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales del afectado, incumbe al causante de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, pero para que opere este desplazamiento del onus probando, no es suficiente con el recurrente tilde de discriminatoria la actuación, sino que ha de acreditar la existencia de «indicios» que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato, y sólo constanding esta prueba indiciaria la administración demandada causante de la violación debatida debe asumir la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales». No obstante, en el supuesto de hecho de la Sentencia referida (la supresión del puesto de trabajo de un delegado sindical), «no procede desplazamiento del onus probando, las razones que se expresan por la Administración como fundamentadas de la reorganización se consideran ajenas a todo propósito atentatorio a los derechos fundamentales, máxime cuando tampoco se concreta la forma en que la reestructuración y el cambio de puesto de trabajo afectaría al derecho del recurrente».

(45) La doctrina constitucional ha rechazado reiteradamente que el derecho a las negociaciones colectivas de los funcionarios públicos tenga fundamento constitucional (STC 98/1985 y 57/1982, entre otras).

(46) Entre las que se encuentran la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios, las normas que fijan 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 o 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.

La normativa reseñada marca la división entre aquellas materias en las que la negociación deviene obligatoria, sustrayéndolas el legislador del poder unilateral de la Administración (y cuya virtualidad impide que ésta pueda desconocer o alterar esa obligación con posterioridad en el ejercicio de sus potestades bajo la sanción de nulidad al vulnerar aquellas normas y con ella el derecho de libertad sindical), y aquellas que quedan fuera de la autonomía colectiva. Sin embargo esta distinción es problemática y, como reconoce la STSJ Asturias 759/2001, de 24 de septiembre, *«no delimita claramente sus componentes cuando se trata de decisiones que afectan a las potestades de organización de la Administración que puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos»*. En este sentido, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en su Sentencia de 22 de octubre de 1993 que *«las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatuario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos, sobre la que se pueda pivotar una constelación de unidades negociables pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que esta permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación»* (47). Con todo, debe recordarse que la obligación impuesta a la Administración en virtud del artículo 37 EBEP es, pura y simplemente, una obligación a negociar, sin que necesariamente deba llegar ésta a un acuerdo con las organizaciones sindicales en lo que afecta a las consecuencias de sus decisiones organizacionales en el conjunto de las condiciones de trabajo de los servidores públicos (48).

Por lo que se refiere a las garantías de los representantes unitarios de los empleados públicos (los delegados de personal y miembros de las Juntas

---

(47) El Tribunal Supremo enfatiza en esta doctrina el carácter estatuario de la relación funcional. No se puede olvidar que, aunque se haya introducido paulatinamente la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en el sistema español de función pública, la vinculación del funcionario público con la Administración pública seguirá conformándose legalmente, puesto que el fundamento del régimen extralaboral de la función pública sigue estando plenamente vigente; este fundamento reside en la propia finalidad pública que constitucionalmente corresponde a las Administraciones Públicas: el servicio objetivo al interés general (art. 103.1 CE).

(48) Así lo indica lo dispuesto en el artículo 38.7 EBEP: *«en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo»*.

de Personal), nos remitimos a lo señalado sobre las de los delegados sindicales en tanto que el artículo 10.3 LOLS equipara el régimen tutelar de la acción representativa de unos y de otros.

### **c) El derecho de huelga de los funcionarios públicos: el establecimiento de los servicios mínimos**

El derecho de huelga de los empleados públicos (art. 15.c) EBEP) no puede considerarse en puridad como un límite al ejercicio de la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas en el ámbito de la ordenación de los recursos humanos.

No obstante, el establecimiento de los servicios mínimos en el supuesto de convocatoria de huelga por los trabajadores de las Administraciones Públicas entra dentro de las facultades administrativas de autoorganización, cuya determinación se encuentra limitada por la garantía constitucional del mencionado derecho (art. 28.2 y 53.1 y 2 CE).

El respeto a los servicios mínimos son definidos por el artículo 10.2º del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, como «*cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad*».

Salvada la constitucionalidad del precepto por la STC 11/1981, debe hacerse, siguiendo a BLASCO ESTEVE, unas someras consideraciones acerca de su alcance. Se trata de un *concepto jurídico indeterminado* y fundado en gran parte sobre juicios valorativos (49); el Tribunal Constitucional opera con una *concepción finalista* del concepto, en función del resultado que persigue el servicio, de tal manera que *sólo son esenciales* los que aparecen ordenados *de modo directo* a la satisfacción de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (SsTC 26/1981 y 51/1986); el mantenimiento del servicio no equivale a pleno funcionamiento, sino a garantizar la cobertura mínima (STC 53/1986, de 5 de mayo), y en orden a determinar a quien compete adoptar las medidas necesarias para tal mantenimiento, el Tribunal rechaza la tesis de la autorregulación o autodisciplina sindical y entiende que *la competencia para la determinación de los servicios mínimos radica en la autoridad gubernativa* (STC 26/1981, 33/1981, 11/1984, de 11 de abril y 27/1987). La válida adopción de tales medidas exigirá dos requisitos: su *motivación* (STS de 19 de enero de 1995 y de 12 de septiembre de 1989)

---

(49) Avelino BLASCO ESTEVE: «La huelga de los funcionarios públicos», en *Estudios sobre la Constitución Española*, en homenaje al profesor García de Enterría, tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 2637 y ss. reseñado por Rafael MANZANA LAGUARDA: *Derechos y deberes del funcionario público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 415.

y la comunicación a los representantes de los funcionarios antes de su efectiva aplicación (50).

## **B) Derechos estatutarios y potestad organizatoria**

La Constitución española ha positivado de modo expreso a la relación de servicios profesionales de los funcionarios públicos como una *relación estatutaria*. En efecto, el artículo 103.3 formula la reserva de ley a favor del «estatuto de los funcionarios públicos» y el 149.1.18<sup>º</sup> atribuye al Estado la competencia para legislar las «bases del régimen estatutario de sus funcionarios públicos». Por su parte, el Tribunal Constitucional ha incluido en este «estatuto funcional» un *contenido irreductible para el legislador ordinario* que comprende, entre otros extremos, ciertos derechos funcionariales.

En concreto, debido a su carácter estatutario, el ejercicio de tales derechos está sometido a los siguientes condicionantes (51):

- a. por una parte, tal ejercicio está regulado por reglas generales, ya sea por leyes o por reglamentos, y jamás por un contrato entre la Administración y el funcionario. En consecuencia, *en el nombramiento no hay acuerdo sino un acto unilateral de aquélla*.
- b. tales derechos son los mismos para cada una de las personas integradas ya en el mismo Grupo, Cuerpo, Escala, nivel o categoría. *No existe posibilidad de establecimiento de una relación especial individual, pues ésta sería ilegal*.
- c. En general, *el estatuto es sólo y siempre modificable por el legislador* y, en consecuencia, el funcionario carece de derechos adquiridos sobre el mantenimiento o alteración de la relación estatutaria. A su vez, el estatuto es irrenunciable y cualquier acto personal unilateral en este sentido carece de validez jurídica. Incluso, las autoridades administrativas carecen de la disponibilidad competencial para alterar la relación estatutaria a favor o en perjuicio de un funcionario.
- d. La *regulación normativa es propia del Derecho Administrativo* y el orden jurisdiccional para la solución de los conflictos de la relación estatutaria, salvo alguna excepción —el social para la impugnación de los pactos y acuerdos—, es el contencioso-administrativo.

---

(50) Rafael MANZANA LAGUARDA: *Derechos y deberes ...*, op. cit., p. 416.

(51) Antonio MARTÍNEZ MARÍN: *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2<sup>ª</sup> ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 70.



Pues bien, «frente a los derechos definidos y garantizados por la Ley [es decir, frente a los derechos estatutarios] no hay discrecionalidad administrativa; ésta empieza, y no siempre, donde acaban esos derechos» (MARTÍNEZ DE PISÓN) (52). No obstante, el autor se refiere al plano de la existencia de los citados derechos, puesto que en el del ejercicio concreto, las facultades de autoorganización administrativa sí que tienen una importante incidencia (53). A ello nos referiremos en la segunda parte del presente estudio.

Lo cierto es que muchos de los derechos de carácter estatutario contenidos en los artículos 14 y 15 EBEP (54) influyen directamente en el ámbito organizativo de las Administraciones Públicas: así, el derecho a la *inmovilidad* en la condición de funcionario de carrera (art. 14.a) EBEP), el derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional (art. 14 b) EBEP), el derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna (art. 14.c) EBEP), el derecho a percibir las *retribuciones* (art. 14.d) EBEP), o el derecho a *participar en la consecución de los objetivos* atribuidos a la unidad donde preste sus servicios (art. 14.e) EBEP) inciden de forma manifiesta en las decisiones organizativas de las Administraciones Públicas.

### **a) En especial, la potestad organizativa y el derecho al cargo**

Como señala Rafael MANZANA LAGUARDIA, el derecho al cargo comporta, en primer lugar, que el funcionario tiene derecho a desempeñar todas la fun-

---

(52) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 113.

(53) No obstante, en todo caso, la incidencia de la actividad organizativa de las Administraciones Públicas en el ejercicio concreto de los derechos estatutarios supondrá, a lo sumo, una cierta *modulación* de tal ejercicio, pero, en ningún caso, una exclusión total de éste.

(54) A esta categoría de derechos corresponden el derecho a la *inmovilidad* en la condición de funcionario de carrera [art. 14.a) EBEP], al *desempeño efectivo* de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional [art. 14.b) EBEP], 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 [art. 14.c) EBEP], a *percibir* las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio [art. 14.d) EBEP], a *participar en la consecución de los objetivos* atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar [art. 14.e) EBEP], 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 [art. 14.f) EBEP], a la *formación continua* y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral [art. 14.g) EBEP], a la adopción de medidas que favorezcan la *conciliación de la vida personal, familiar y laboral* [art. 14.j) EBEP], a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo [art. 14.l) EBEP], a las vacaciones, descansos, permisos y licencias, [art. 14.m) EBEP], a la *jubilación* [art. 14.n) EBEP], a las *prestaciones de la Seguridad Social* [art. 14.o) EBEP].

ciones del cargo o puesto de trabajo que ocupa, de conformidad con las instrucciones y órdenes que emanan de sus superiores jerárquicos. Desde esta perspectiva, el artículo 73 EBEP reconoce al conjunto de los empleados públicos *el derecho al desempeño de un puesto de trabajo* de acuerdo con el sistema de estructuración del empleo público legalmente establecido. De este derecho también se deriva otro derecho o garantía, que es la *inamovilidad*; el funcionario no puede ser desposeído del cargo salvo en los supuestos y con los requisitos que establezca la Ley (55). En relación a ello, deben hacerse dos matizaciones: por una parte, debe precisarse que el derecho al cargo no garantiza la inamovilidad absoluta en las funciones, sino que sólo garantiza al funcionario el ejercicio genérico de las funciones públicas al servicio de la Administración (STSJ Murcia de 30 de junio de 1999) y sólo resulta lesionado cuando se le produce una privación efectiva de sus funciones, hasta el extremo de privársele del trabajo (STS de 11 de noviembre de 1983).

El profesor MARTÍNEZ DE PISÓN ha estudiado pormenorizadamente la virtualidad de la potestad autoorganizatoria en el derecho al cargo (56). Según el mencionado autor, el derecho al cargo tiene una *doble dimensión (subjetiva y objetiva) no ilimitada*: por el derecho al cargo se mantiene indefinidamente el vínculo jurídico que une a un funcionario con la Administración pública, y también se protege a dicho funcionario en el ejercicio de las funciones inherentes al puesto de trabajo que ocupa.

La vertiente subjetiva de este derecho supone el mantenimiento del «vínculo jurídico», es decir, de su propio *status*, determinado por su inclusión en un Cuerpo concreto y por la propia categoría personal alcanzada en cada caso. Como precisa el profesor MARTÍNEZ DE PISÓN, cierto que se pueden realizar modificaciones legales en cuanto a la ordenación de Cuerpo y el sistema de categorías, pero esas modificaciones nunca pueden implicar que un funcionario vea disminuir su *status* personal en comparación con otros que lo tenían igual (*inamovilidad relacional*).

El segundo aspecto es el de la protección del funcionario en el ejercicio de las funciones inherentes al puesto de trabajo que ocupa. Aquí la *inamovilidad funcional* asegura la adscripción permanente del sujeto a la plaza o puesto, lo que sería el presupuesto necesario para el ejercicio de las funciones (57).

Al efecto, el señalado autor explica la virtualidad de la potestad organizatoria sobre el derecho al cargo de los funcionarios públicos en los siguientes términos:

---

(55) Rafael MANZANA LAGUARDA: *Derechos y deberes ...*, op. cit., p. 416.

(56) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit.

(57) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 80.

- 1) Que la noción subjetiva del derecho al cargo, traducida sustancialmente en la garantía de la *inamovilidad relacional*, queda prácticamente al margen de la *potestad organizatoria*, tanto en su manifestación normativa (Ley y, secundariamente, reglamento) como ejecutiva.
- 2) Que la consideración objetiva del citado derecho, desenvuelta, entre otras, a través de la garantía de la *inamovilidad funcional*, está expuesta en un cierto grado a la *potestad organizatoria de signo legislativo*, siendo posible la modificación del concreto régimen jurídico, pero siempre que con dicha modificación no desaparezca el derecho o éste se muestre totalmente inservible para la finalidad con que ha sido concebido.
- 3) Dicho aspecto objetivo del derecho al cargo, tal y como aparece conformado por la ley, no puede ser objeto de alteraciones por parte de la Administración amparándose en la *potestad organizatoria*. Cosa distinta —dice el autor— es que el legislador tenga en cuenta las necesidades organizativas de la Administración de cara al ejercicio del derecho por cada funcionario y en cada caso. Desde esta última consideración, habrá de atenderse al modo, extensión y límites de la intervención administrativa prevista por el legislador para determinar si un contenido material cierto al derecho definido, o bien se ha limitado a dar carta blanca a la Administración para que determine las condiciones de su ejercicio de modo que por las dificultades de dicho ejercicio se llegue a un derecho cuya titularidad carece de valor en cuanto que resulta casi inejercitable. Si de lo dicho resulta que se desdibuja la garantía de la imparcialidad, entonces el legislador habrá actuado extramuros de la Constitución. A la postre, *el derecho debe actuar en cuanto a su contenido material previamente determinado, como un límite claro a la potestad organizatoria de la Administración* (58).

No obstante, debe distinguirse, por una parte, el *derecho al cargo* y de otra, el *derecho al mantenimiento del desempeño de un determinado puesto de trabajo*. En este sentido, la jurisprudencia ordinaria ha diferenciado claramente ambos conceptos: como ejemplo, la Sentencia de 17 de mayo de 1993 afirma que «dicha parte confunde lo que para el régimen legal rector de los derechos y deberes de los servidores de la función pública (...) constituye el derecho al cargo de aquellos y el que los propios funcionarios ostentan respecto de los puestos de trabajo establecidos por la Administración y que, a pesar de que, en la generalidad de los casos, suelen coincidir en la práctica no siempre tiene por qué suceder así, de modo que cuando esta identidad no

---

(58) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 542.

concorre, *en tanto aquel derecho al cargo es intocable por parte del órgano administrativo, el que se refiere a ocupar el puesto de trabajo afecta a la facultad organizativa que corresponde a dichos órganos y, por lo que ahora interesa, distribuir a cada Servicio, Sección o Negociado, los menesteres de los que corresponden a cada Ministerio, en función de lo que se considere como mejor para el servicio público y sus propias exigencias (...)*». Y ante un supuesto de redistribución de Jefaturas de Sección que implicaba el cese en una de las y la adscripción a otra, continúa diciendo la antedicha Sentencia que «(...) *no se vislumbra obstáculo legal alguno para que llevara a cabo la redistribución de las jefaturas correspondientes y la adscripción a sus puestos de trabajo de los servidores de aquellas, siempre —naturalmente— que el genuino derecho al cargo para el que, en su día, fue nombrado el recurrente no se altere en cuanto le es propio, que no es otra cosa que el grado jerárquico que le corresponde y las funciones inherentes a su caracterización de jefatura*» (STSJ Canarias 1096/2006, de 28 de noviembre) (59).

Una vez realizada una visión general de la cuestión, centrémonos en el objeto del presente estudio, la incidencia de la potestad de ordenación (creación, modificación y supresión) de los puestos de trabajo como manifestación de la potestad organizatoria.

Ya hemos presentado la tesis del profesor MARTÍNEZ DE PISÓN sobre el derecho al cargo como límite a la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas en el sentido de que la Administración pública queda limitada en cuanto al ejercicio de su potestad de organización interna a los cauces señalados por el legislador.

Pues bien, la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública prevé expresamente la remoción de un funcionario de su puesto de trabajo debido a la alteración en el contenido del puesto de trabajo. En concreto, el artículo 22.1.e) LMRFP dispone que «*los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, podrán ser removidos por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo, realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o de una falta de*

---

(59) Así, la STSJ Murcia 171/1999, de 10 de marzo, indica expresamente que «no cabe mantener (...) que el acto recurrido haya limitado los derechos funcionariales del actor (derecho a la estabilidad funcional), ya que según el citado artículo 52.1 de la Ley de la Función Pública Regional de Marcial 3/1986, *este derecho está referido a la permanencia en la condición de funcionario, y no a la ocupación permanente de un determinado puesto de trabajo (...)*. En consecuencia, la Administración regional en virtud de la potestad autoorganizativa que tiene atribuida para organizar sus propios servicios públicos, puede discrecionalmente cuando las razones del servicio lo aconsejen acordar el cese de los funcionarios que ocupan puestos provisionalmente y ordenar su reincorporación al que tienen reservado (por haberlo adquirido con carácter definitivo).

capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto. La remoción se efectuará previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, oída la Junta de personal correspondiente» (60).

Por su parte, el artículo 39.2 Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón prevé la posibilidad de remoción del funcionario que esté ocupando un puesto de trabajo que fuera modificado, cuando tal modificación implique el reconocimiento de un nivel superior al que tuviera anteriormente asignado siempre que la provisión de dicho puesto sea mediante concurso de méritos. En ese caso, el funcionario removido pasará a desempeñar el puesto de trabajo modificado en virtud de adscripción provisional, procediéndose a una nueva provisión definitiva del mismo mediante convocatoria de concurso de méritos.

Cabe también la posibilidad de remoción de un funcionario de su puesto de trabajo cuando éste sea suprimido en el marco de un Plan de Empleo [art. 22.g) LMRFP]. En concreto, el artículo 29 del Decreto 80/1997, de 10 junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional, dispone expresamente que «los funcionarios cuyo puesto de trabajo sea objeto de supresión como consecuencia de un Plan de Empleo podrán ser destinados con carácter definitivo a otro puesto de trabajo vacante por el procedimiento de reasignación de efectivos».

Todos estos supuestos son modulaciones a este pretendido derecho al puesto de trabajo, modulaciones que son permitidas por la Ley para posibilitar el ejercicio de la potestad autoorganizatoria por las Administraciones públi-

---

(60) El artículo 19 del Decreto 80/1997, de 10 junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional incluye la misma previsión. En concreto, la propuesta motivada de remoción será formulada por el titular del Departamento, Director General, o por el Delegado Territorial, y se notificará al interesado para que en el plazo de diez días hábiles formule las alegaciones y aporte los documentos que estime pertinentes. La propuesta definitiva se pondrá de manifiesto a la Junta de Personal correspondiente al centro donde presta servicios el funcionario afectado, que emitirá su parecer en el plazo de diez días hábiles. Recibido el parecer de la Junta de Personal, o transcurrido el plazo sin evacuarlo, si se produjera modificación de la propuesta se dará nueva audiencia al interesado por el mismo plazo. Finalmente, la autoridad que efectuó el nombramiento resolverá. La resolución, que pondrá fin a la vía administrativa, será motivada y notificada al interesado y comportará, en su caso, el cese del funcionario en el puesto de trabajo. En tanto no obtengan otro puesto con carácter definitivo de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento, a los funcionarios removidos se les atribuirá, en el mismo municipio y con efectos del día siguiente al de la fecha del cese, el desempeño provisional de un puesto de trabajo correspondiente a su Cuerpo o Escala, no inferior en más de dos niveles al de su grado personal.

cas, en su vertiente de ordenación (creación, modificación y supresión) de los puestos de trabajo.

**b) El derecho a la promoción profesional de los funcionarios públicos y la potestad de organización de las Administraciones Públicas. La cuestión de las restricciones impuestas por las relaciones de puestos de trabajo para el acceso a determinados puestos. La determinación del sistema de provisión de los puestos de trabajo**

En este epígrafe trataremos dos cuestiones relacionados con el diseño de los puestos de trabajo que afectan directamente a la promoción profesional de los funcionarios públicos: por una parte, el tema de las restricciones impuestas por las relaciones de puestos de trabajo para el acceso de ciertos colectivos funcionariales a determinados puestos de trabajo; por otra, la elección por la Administración Pública del sistema de provisión de los puestos de trabajo.

Respecto a la primera cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado *la prevalencia del principio de libertad con idoneidad* como criterio de determinación de los requisitos de acceso los puestos de trabajo de perfil especializado *frente al de exclusividad y monopolio competencial, salvo que tal adscripción particular derive necesariamente de la naturaleza de la función a desempeñar en ellos*. En particular, la STS de 21 de octubre de 1987 ya señaló que, «frente a la invocación no justificada de la potestad autoorganizativa de la Administración que la discrecionalidad que tiene la Administración no puede convertirse en arbitrariedad o irrazonabilidad, convirtiendo la eficacia y servicio al bien común que debe regir la actuación de la Administración (art. 103.1 CE) en desnuda manifestación de poder carente de toda justificación». En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha rechazado el monopolio competencial a favor de una profesión técnica superior predeterminada y mantiene la necesidad de *dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial* que ampare un nivel de conocimiento técnico suficiente (STS de 27 de mayo de 1980, 8 de julio de 1981 o 1 de abril de 1985).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha enlazado esta cuestión con el principio de igualdad (vid. *supra.*). En concreto, la STC 48/1998, de 2 de marzo, tras afirmar que «resulta constitucionalmente admisible que, al servicio de la organización administrativa, la Ley, que tampoco puede agotar la materia, recurra a un instrumento técnico como la relación de puestos de trabajo a través del cual se realice la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, con precisión de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo (art. 15.1 LMRFP), con mayor razón cuando de lo que se trata no es de regular las condiciones de acceso a la

*función pública, como de definir las características esenciales de los puestos de trabajo a desempeñar por personal que ya es funcionario», señaló que «de acuerdo con una dilatada jurisprudencia, el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad prohíbe el establecimiento de requisitos que no sean compatibles con el artículo 14 CE (en el mismo sentido, STC 10/1989). De conformidad con la doctrina sentada por la Sentencia 50/1986, «se infringe el principio de igualdad, en síntesis, si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad, dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional. Además, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue —aquí, en función del mérito y capacidad— sino que es indispensable también que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin (SsTC 76/1996 y 61/1997). A ello se suma que, tanto el legislador, a la hora de determinar el mérito y capacidad, como las convocatorias de concursos y oposiciones deben hacerse en términos generales y abstractos (SsTC 50/1986 y 27/1991).*

No obstante, la aplicación concreta de esta doctrina constitucional difiere según cuál sea el pronunciamiento judicial del caso. Así, por ejemplo, la STSJ de Aragón 66/2001, de 24 de enero, amparó la exigencia de la titulación de Licenciado en Ciencias Biológicas, Licenciado en Ciencias Químicas o Ingeniero Industrial para el acceso al puesto de Jefe de Servicio de Protección Ambiental, conteniendo la indicación «Ex-11» (Excluidos los sectores de Docencia, Investigación, Sanidad, Servicios Postales y telegráficos, Instituciones Penitenciarias y Transportes Aéreos y Meteorología), en base a que *de las funciones atribuidas al puesto se desprende sin dificultad que las titulaciones exigidas son idóneas o adecuadas para el puesto de trabajo por su contenido funcional (no se juzga con dicha afirmación la procedencia de otras) y que la no inclusión de los titulados en Veterinaria (cuyo Colegio Oficial había impugnado la relación de puestos) responde simplemente al hecho de que no es la titulación adecuada a las tareas a realizar, siéndolo por el contrario las exigidas (61).* Por el contrario, la Sentencia del mismo Tribunal 686/2001, de 15 de septiembre, en

---

(61) Por su parte, el Tribunal Supremo declaró en su Sentencia de 13 de octubre de 1999 conforme a Derecho el Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de 12 de mayo de 1994, relativo a la idoneidad de los ingenieros técnicos agrícolas para formar parte del jurado provincial encargado de la valoración de las fincas rústicas expropiadas. El Alto Tribunal, recordando la doctrina constitucional en base a la cual el principio de igualdad no proscribía las diferencias de regulación que puede realizar el legislador entre unos y otros cuerpo o funciones en razón de criterios de tipo objetivo, declara, junto con la STC 293/1993, que «las administraciones públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el «status» del personal a su servicio (STC 57/1990). La discriminación entre estas estructuras, que son creación del derecho y

base al mismo motivo de impugnación, declaró la exclusión realizada en la correspondiente relación de puestos de trabajo contraria al artículo 23.2 CE y, en consecuencia, nula de pleno de derecho, debido a su *falta de justificación*.

Por lo que se refiere a la elección del sistema de provisión de los puestos de trabajo, debe partirse de la regulación legal vigente. De conformidad con el artículo 74 EBEP, el concurso debe considerarse «*el procedimiento normal de puestos de trabajo*» (en el mismo sentido, artículo 31 LOFPAr). Por el contrario, el sistema de libre designación deberá reservarse para puestos de *especial responsabilidad y confianza*, extremo concretado por la LOFPAr, cuyo artículo 17.5 dispone expresamente que «en las relaciones de puestos de trabajo sólo podrán figurar clasificados como de libre designación de los de Jefatura de Servicio y asimilados, los de Secretaria de los altos cargos y *aquellos otros que excepcionalmente obtengan tal calificación en razón de la naturaleza de sus funciones*». Se trata de una enumeración muy abierta, por lo que será en las relaciones de puestos de trabajo, donde efectivamente se concreten cuáles son los puestos a proveer mediante el sistema de libre designación. No obstante, esta facultad de la Administración no es libre ya que, tal y como señala la STSJ de Cantabria de 22 de noviembre de 2002, «*la asignación del sistema de libre designación comporta, por parte de la Administración, el ejercicio de una potestad discrecional con elementos reglados*» (62). En este sentido, la jurisprudencia se ha encargado de recalcar que la generalización del sistema de libre designación supone dar carta de normalidad a un sistema de provisión que, aún siendo claramente ajustado a la legalidad, *constituye un mecanismo extraordinario o excepcional de provisión de plazas*, por lo que, como veremos al final del presente estudio, la base del control judicial de la adecuación del sistema de libre designación como forma de provisión de puesto de trabajo vendrá dada por la *motivación* realizada por la Administración de tal decisión (63).

---

pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (SsTC 7/1984, 68/1989, 77/1990 y 48/1992), *de tal suerte que no se vulnera el principio de igualdad cuando se determinaron las funciones y características de los diversos grupos de cuerdo con criterios dotados de la suficiente objetividad y generalidad*».

(62) La cuestión planteada en esta Sentencia era la determinación de si resultaba ajustado a Derecho que en las relaciones de puestos de trabajo de las Consejerías de la Comunidad Autónoma de Canarias, todas las Jefaturas de Servicios se proveyeran por el sistema de libre designación.

(63) La propia STSJ de Cantabria de 22 de noviembre de 2002 declaró que «en el presente caso la Administración debió motivar convenientemente dos aspectos fundamentales, de un lado que las funciones realizadas por el funcionario y asignadas a su puesto de trabajo reúne el requisito de la «especial responsabilidad, de otro justificarse las causas que motivan el cambio del sistema de provisión, dado que si las funciones asignadas no se han modificado y si se cambia el sistema de provisión, tal modificación exige de la administración una adecuada explicación de su cambio de criterio». En el mismo sentido, la SAN de 9 de junio de 2004.



### **c) Organización y derechos retributivos**

Ya hemos anticipado que la jurisprudencia ha tratado, desde el plano del principio de igualdad, la cuestión de las diferencias retributivas. No obstante, las retribuciones constituyen, a su vez, un derecho a favor de los empleados públicos (artículo 14.d) EBEP). En concreto, el carácter objetivo del complemento específico del puesto de trabajo a determinar en la correspondiente relación de puestos supone un límite más al amplio margen de discrecionalidad que la Administración ostenta en el plano organizatorio (64). En concreto, el complemento específico viene destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo (art. 24.b) EBEP). Por la enumeración transcrita puede constatarse la naturaleza objetiva de dicha retribución complementaria, al venir legalmente referida no a las condiciones subjetivas del funcionario, sino al particular puesto de trabajo que desempeña.

Como señala Rafael MANZANA LAGUARDA, *no existe discrecionalidad administrativa en la valoración de tales conceptos*, sino que se trata una naturaleza reglada y fiscalizable jurisdiccionalmente (65). Al respecto, el Tribunal Supremo ha señalado que «los datos a tener en cuenta para la fijación del complemento específico integran *conceptos jurídicos indeterminados* que, en cuanto tales, tienen naturaleza reglada: o hay penosidad o no la hay, o hay peligrosidad o no, etc. No aparece pues en la determinación del complemento específico la discrecionalidad administrativa, sino que se trata de actuación reglada, bien que con un, en este caso, amplio margen de apreciación para la Administración» (STS de 1 de julio de 1994).

### **d) El tema de los «derechos adquiridos» de los funcionarios públicos**

Tradicionalmente, se ha visto a los denominados «derechos adquiridos» de los funcionarios públicos como un verdadero límite a la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas y, en concreto, a la facultad de ésta para diseñar y modificar puestos de trabajo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria actual ha eliminado gran parte del contenido de este concepto en base a que el «estatuto» del funcionario público viene delimitado predominantemente por

---

(64) No debe olvidarse que el complemento específico tiene un claro interés organizatorio en tanto que sirve como cauce de motivación al funcionario y de contraprestación de las especiales condiciones del puesto de trabajo que ocupa.

(65) Rafael MANZANA LAGUARDA: *Derechos y deberes ...*, op. cit., p. 416.

las normas legales (art. 103.3 CE). Como señala el profesor MARTÍNEZ DE PISÓN, «no hay derechos adquiridos cuando los titulares de un derecho derogado o modificado obtienen la titularidad del mismo directamente de la Ley» (66).

Así lo ha corroborado, por su parte, la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional ha señalado, al respecto, que «el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo sin que, en consecuencia, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso. Al amparo del principio de igualdad y por comparación con situaciones pasadas no puede pretenderse paralizar las reformas orgánicas y funcionales que decidan las Administraciones Públicas. Estas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o complementar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el «status» del personal a su servicio» (SsTC 99/1987, 57/1990, entre otras).

Esta doctrina constitucional conecta plenamente con la emanada del Tribunal Supremo en materia de derechos funcionariales en el sentido de que frente al poder organizatorio otorgado por la Ley a la Administración *no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquiridos*, concretados en los de orden económico y los relativos al contenido de la función a desarrollar (SsTS de 13 de diciembre de 1995 y 28 de abril de 1998). En la Sentencia de 13 de abril de 1999, el Tribunal Supremo viene a indicar que «en el ámbito de las reorganizaciones funcionariales que las Administraciones Públicas puedan efectuar a través de los cauces legalmente establecidos (en este caso, modificación de la relación de puestos de trabajo), *los funcionarios no pueden oponer, frente a aquéllas, pretensiones de congelación indefinida de situaciones jurídicas preexistentes, salvo que las misma puedan verdaderamente considerarse como derechos adquiridos*, pero en sentido estricto, no en el sentido extensivo que en ocasiones se pretende dar a la expresión y que convierte en derecho adquirido cualquier aspecto existente en la relación jurídica entre Administración y funcionario, olvidando el carácter estatutario de la misma y la sujeción de este último a las potestades de configuración de aquélla por la Administración ni el que fue trasferido de otra (como son los actores), puede exigir la perpetuación de todas las circunstancias propias de su puesto (funciones, dependencia jerárquica, etc.) cuando la Administración opera una reorganización por los cauces legales, sino sólo de aquellas que normativamente se regulan como inalterables. *Sólo cabe entender lo que habrá de respetarse lo que cabe consolidar, como son los derechos económicos correspon-*

---

(66) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 123.

*dientes al grado consolidado y el grado mismo* (art. 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto), *la inamovilidad geográfica relativa y el derecho al cargo* (art. 63.2 LFCE) *pero este último derecho interpretado* en la forma que señala la STS de 11 de marzo de 1992, es decir, *como derecho a no ser privado de la condición de funcionario*, y el que el puesto al que se asigne al funcionario sea de acceso por concurso, si por concurso accedió al que tenía, como garantía frente a la remoción (art. 20.1.e) LMRFP).

En atención a la doctrina jurisprudencial que acabamos de transcribir, no existen, en puridad, más derechos consolidados que lo que se establezcan por la vía legislativa: es decir, los derechos económicos correspondientes al grado consolidado y el grado mismo (art. 21 LMRFP), la inamovilidad relativa y el derecho al cargo (art. 14.a) EBEP), así como que el puesto al que se asigne al funcionario sea de acceso por concurso, si por concurso accedió al que tenía, como garantía frente a la remoción (art. 20.1.e) LMRFP). Fuera de tales casos, no existen derechos adquiridos. Tales derechos no son adquiridos por mor de su ejercicio, sino, pura y simplemente, en virtud de la Ley, que constituye su verdadero título de adquisición (MARTÍNEZ DE PISÓN) (67). Ello significa, por otra parte, el firme rechazo a cualquier limitación al legislador en base a la virtualidad de tales «derechos adquiridos» —que no son sino verdaderos derechos subjetivos de atribución legal—. Es más, este concepto, siguiendo en este punto al profesor PALOMAR OLMEDA y en vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, carece de toda virtualidad constitucional (68).

### **C) Derechos «no estatutarios»**

Un tercer grupo aludido por el profesor MARTÍNEZ DE PISÓN, es el de los *derechos funcionariales «no estatutarios»*, es decir, aquellos derechos no incluidos en la Ley (por ejemplo, la construcción de residencias de verano para funcionarios). En este tipo de derechos, es innegable que la potestad organizativa tiene mucho que decir, ya que emanan directamente de disposiciones administrativas, fácilmente revocables por la autoridad que las dictó.

## **V. POTESTAD ORGANIZATORIA Y ORDENAMIENTO LABORAL**

Hasta aquí nos hemos referido a la potestad autoorganizativa de las Administraciones como concepto general, a su vinculación con la gestión de

---

(67) Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO: *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 123.

(68) Alberto PALOMAR OLMEDA: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 7<sup>a</sup> ed., Ed. Dikynson, Madrid, 2003, p. 52.

los recursos humanos y, en particular, con la ordenación de los puestos de trabajo mediante la facultad de creación, modificación y supresión de éstos. Por otra parte, también nos hemos ocupado de las limitaciones de esta facultad derivadas de la efectividad de los derechos de los funcionarios públicos. Queda, por tanto, analizar la incidencia de la potestad organizatoria —en su vertiente de ordenación de los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas— sobre el régimen jurídico-laboral aplicable al denominado «personal laboral».

Como es sabido, dentro de la categoría general de empleado público, existe un colectivo cuya vinculación profesional con la Administración pública está sometida al derecho laboral común (art. 11 EBEP). Pues bien, la virtualidad de la potestad administrativa de organización es sensiblemente diferente cuando sus destinatarios son trabajadores comunes, en tanto en cuanto no existe una relación estatutaria —como ocurre con los funcionarios públicos— sino meramente laboral. Ello supone la asunción por la Administración del papel de empresario común, con lo que esto significa en el plano de la organización de la empresa.

En efecto, tal y como señala el profesor José Manuel LÓPEZ GÓMEZ, si en el Derecho del Trabajo generalmente se afirma que la dirección y organización del trabajo es facultad exclusiva del empleador, con mayor contundencia se puede afirmar, dado el apoyo constitucional de los artículos 103.1 (principio de jerarquía) y 103.2 (principio de autoorganización), lo mismo respecto de las Administraciones Públicas.

Por ello, las diferencias que se encuentran entre la situación del funcionario público y el personal laboral de las Administraciones Públicas son patentes. Frente al derecho —aunque ciertamente debilitado, como hemos visto— al cargo del funcionario público, en el Derecho laboral común la prestación debida se define a través de la categoría profesional o, aun más ampliamente, por la pertenencia al grupo profesional, de forma que, *sin más límites que los exigidos por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación y la pertenencia al grupo profesional*, el empresario dispone de amplias facultades discrecionales respecto a la movilidad de los trabajadores en el seno de la empresa, conforme al artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores (69). Como regla general, el empresario común es libre de ordenar, en ejercicio de su *ius variandi* ordinario, sin alegación de causa y sin límite temporal, cambios de funciones «en el seno de la empresa», siempre que respete: a) la titulación académica profesional exigida para el desempeño del puesto de trabajo, b) la pertenencia al grupo profesional. Por otra

---

(69) José Manuel LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 331.

parte, el empresario puede ordenar, en ejercicio de su *ius variandi* extraordinario, funciones no correspondientes al grupo o categoría equivalente siempre que: a) existan razones técnicas u organizativas para ello, y b) la modificación dure el tiempo imprescindible (art. 39.4 ET).

Cuando tales funciones sean *superiores* y se prolonguen más de seis meses durante un año, o más de ocho meses durante dos años (en defecto de plazos negociados), esa larga duración jugará atribuyendo al trabajador el derecho a pedir al empresario el ascenso que corresponda según convenio o la provisión de la vacante correspondiente a su actividad efectiva, de acuerdo con las reglas de ascenso aplicables en la empresa (en este caso, aplicables a la Administración pública). La petición del ascenso o provisión de plaza es compatible con la reclamación de las diferencias salariales correspondientes al trabajo superior realizado y no prescritas (art. 39.4 ET). No obstante, el empresario puede ordenar la realización de funciones *inferiores*, excepcionalmente, «por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva» (art. 39.2 ET). Esas tareas inferiores deberán limitarse al «tiempo imprescindible» y no podrán entrañar disminución alguna de la retribución originaria (art. 39.3) (70).

Como puede advertirse, se trata de un régimen de movilidad funcional más flexible que el previsto para los funcionarios públicos. No obstante, la lógica influencia que el Derecho funcionarial ejerce respecto a las relaciones laborales en el sector público tiende paulatinamente a homogeneizar ambos colectivos (71). La generalización por vía convencional del concurso de méritos como procedimiento de movilidad funcional (cambio de puesto de trabajo) va introduciendo en el régimen jurídico del personal laboral algo parecido al derecho «al puesto de trabajo» (LÓPEZ GÓMEZ) o, por lo menos, un cierto derecho «a no ser desplazado arbitrariamente con carácter definitivo de ese puesto de trabajo», conseguido a través de un procedimiento de concurso. La normativa sobre las relaciones de puestos de trabajo así como las propias nor-

---

(70) Alfredo MONTROYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 23ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 422.

(71) El vigente VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, recoge un sistema movilidad, promoción y selección basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad (art. 47.1). Los procedimientos de movilidad de carácter voluntario se realizarán mediante convocatoria pública, publicada en el «Boletín Oficial de Aragón», previa comunicación a los representantes legales de los trabajadores (art. 47.2). Los puestos de trabajo de carácter permanente de personal laboral serán provistos mediante el traslado a puestos de trabajo de la misma categoría profesional, el acceso a un puesto de trabajo de distinta categoría profesional encuadrada en el mismo, superior o inferior grupo profesional y *utilizarán como procedimiento de provisión el concurso de méritos*, previa la acreditación de la correspondiente habilitación para el acceso a dicha categoría profesional (art. 47.5).

mas convencionales ha venido generando un *efecto limitador de las facultades de dirección y organización del trabajo* (72). Ahora bien, como señala el citado autor, no debe entenderse en el sentido de que las Administraciones Públicas queden privadas de toda posibilidad de ejercer el *ius variandi*, si bien, éste estará supeditado a las previsiones de la negociación colectiva (73).

Por lo que se refiere a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del personal laboral, es paradójico que nos encontremos con el fenómeno contrario. Si para los funcionarios públicos, la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas permitía la modificación de estas condiciones mediante un amplio margen de discrecionalidad, en el caso del personal laboral se impone necesariamente el cumplimiento de los trámites señalados en el Estatuto de los Trabajadores. Así, mientras el artículo 15.1.d) de la Ley 30/1984 debe ser entendido en el sentido de que la voluntad de la Administración, respecto a determinadas modificaciones de las características de los puestos de trabajo, debe hacerse constar en la relación de puestos de trabajo, la efectiva modificación de las condiciones de trabajo deberá realizarse conforme a los correspondientes mecanismos legal o convencionalmente establecidos al respecto. En consecuencia si la previsión contenida en la relación de puestos de trabajo supone una modificación de la jornada de trabajo, del horario, del régimen de turnos, del sistema de remuneración o de trabajo o rendimiento, deberá tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 41 ET; si la movilidad geográfica de algún o algunos trabajadores se realizará según lo dispuesto en el artículo 40 ET, si realización de trabajos de superior o inferior categoría profesional deberá adaptarse a los límites y condicionamientos establecidos en el artículo 39 ET y en los correspondientes convenios colectivos (74).

En concreto, el artículo 40 ET prevé expresamente la posibilidad del traslado forzoso del trabajador cuando existan «razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifique». Se trata de una redacción muy expansiva que no se ve concretada sino de forma muy leve por la definición que el propio legislador propone: «se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejora respuesta a las exigencias de la demanda».

---

(72) José Manuel LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico ...*, op. cit., p.334.

(73) Arts. 60 y siguientes del VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(74) Art. 60 y siguientes del VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como puede observarse, el legislador laboral —no podría ser de otra manera— está pensando en la empresa cuando atribuye la facultad de autoorganización laboral, estableciendo parámetros eminentemente mercantilistas a la hora de delimitar las causas por las que el empleador puede ejercer la facultad de traslado forzoso del trabajador. No obstante, cuando el empresario sea una Administración pública, el parámetro aplicable no es sino el que se emplea para el personal funcionario: es decir, el de la eficacia en la actividad administrativa (*vid. supra*) (75). El trabajador que muestre su disconformidad con el traslado forzoso podrá optar por la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. No obstante, el trabajador podrá, sin optar por la extinción del contrato laboral, impugnar la decisión ante la jurisdicción social (art. 40.1 ET), todo ello «sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación» (treinta días).

Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores ha venido a contemplar la posibilidad de que «por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá *efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores* que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas» (art. 40.4 ET) (76).

---

(75) En el VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, esta posibilidad está articulada a través de un sistema de garantías a favor del empleado afectado. Así, el artículo 61.1 dispone que «en el supuesto de que el trabajador trasladado curse estudios o tenga hijos en edad escolar, se procurará que el traslado se efectúe fuera del período lectivo ordinario. El traslado deberá ser comunicado con un mes de antelación, como mínimo. El trabajador trasladado forzosamente tendrá derecho a que se le abonen sus gastos de viaje y de los familiares a su cargo, así como los gastos de traslado de muebles y enseres y el importe de dos dietas completas, percibirá una indemnización de 3750 euros o 2250 euros si la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón le proporciona vivienda. Tendrán prioridad para no ser trasladados: a) Los representantes legales de los trabajadores y b) Los trabajadores con capacidad disminuida, salvo renuncia expresa a ese derecho. En todos los supuestos de adscripción forzosa de un trabajador a localidad distinta del municipio donde estuviese ubicado su anterior centro de trabajo, y siempre que dicho traslado no suponga necesariamente cambio de residencia del mismo, se abonarán los gastos de desplazamiento por los días efectivamente trabajados, en la cuantía por kilómetro regulada en el artículo 7 del vigente Convenio Colectivo, entre las localidades en las que se estén el anterior y el nuevo centro de trabajo.»

(76) El trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamiento de duración superior a tres meses; en este último supuesto, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario. Contra la orden de desplazamiento, sin perjuicio de su ejecutividad, podrá recurrir el trabajador en los mismos términos previstos para el traslado forzoso permanente (art. 40.4 ET).

Sin embargo, debe recordarse que, si la alteración de las condiciones laborales se produce mediante una modificación de la relación de puestos de trabajo, ésta tiene la consideración de disposición de carácter general (*vid. supra*) por lo que la regularidad de sus modificaciones o alteraciones deberá conocerse, aun afectando meramente al personal laboral, por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no por el social (art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

## **VI. EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DE LA ORDENACIÓN DE SUS RECURSOS HUMANOS**

### **1. En general, el control judicial de la discrecionalidad administrativa**

Como ya hemos señalado, la Administración goza en materia organizativa de un amplio poder discrecional que le permite configurar las unidades y servicios de que está dotada y, en especial, los puestos de trabajo sobre los que se organiza, todo ello dirigido al cumplimiento del interés público (art. 103.1 CE). En este sentido, se ha calificado a la potestad organizatoria como una auténtica potestad discrecional. No obstante, como señalan los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, no existen propiamente «potestades discrecionales», sino sólo «elementos discrecionales» en el seno de algunas potestades administrativas (77).

Por ello, el margen de apreciación de la Administración en el ejercicio de la potestad organizatoria (en cualquiera de sus vertientes) no es plenamente libre y debe someterse a ciertos límites. Ya nos hemos referido a alguno de ellos, como la propia finalidad de esta potestad (el cumplimiento del interés general, manifestado en el principio de eficacia y eficiencia administrativa) o los derechos de los funcionarios públicos.

En esta última parte del estudio, centraremos nuestra atención sobre el control judicial de la discrecionalidad inmanente al ejercicio de la potestad organizatoria. Lo cierto es que, como ya hemos advertido, la cuestión de la discrecionalidad administrativa y de su control jurisdiccional ha sido uno de los puntos claves del Derecho Administrativo de las últimas décadas (Tomás-Ramón FERNÁNDEZ) (78). Aunque existen diferentes visiones doctrinales en

---

(77) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, *op. cit.*, p. 443.

(78) Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999.



cuanto al alcance del control jurisdiccional de los elementos discrecionales de las potestades administrativas, es opinión unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que el control jurisdiccional de la actividad administrativa debe ser pleno (artículo 106 CE: los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican), porque pleno es, también, el sometimiento de ésta a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE); así lo exige el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Como señala PAREJO ALFONSO, «el problema no es de extensión o de completud del control, sino de su alcance o intensidad» (79). La cuestión no es control sí o control no, toda vez que se ha de poder interponer recurso contra cualquier acto administrativo (o disposición general en el caso de las relaciones de puestos de trabajo), *si no hasta dónde llega este control* (BELTRÁN DE FELIPE) (80). La pregunta clave, por tanto, derivará hacia la disyuntiva ¿mera anulación o sustitución judicial de la solución administrativa?

En este sentido, la Sentencia de 1 de diciembre de 1993 es paradigmática: «(...) resulta claro que la sustitución del acto administrativo por una decisión jurisdiccional será terminantemente posible —más aun, imprescindible, en términos de congruencia— cuando el acto anulado sea fruto de la actuación de una potestad reglada: aquí el Derecho proporciona al juez todos los datos necesarios para definir el contenido de su decisión. Tal sustitución es viable en el desarrollo de un control de legalidad y resulta insoslayable en al actuación de una efectiva tutela judicial. En cambio *la sustitución no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales, pues «hay un núcleo último de oportunidad allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial»* (en el mismo sentido, SsTS de 30 de octubre de 1990, de 2 de abril de 1992, de 15 de marzo de 1993).

## 2. El control judicial de la potestad organizatoria

Como señala el profesor BELTRÁN DE FELIPE, en los últimos años los Tribunales han ido perfeccionado una serie de técnicas de control que, sumadas a las tradicionales sobre los elementos reglados de la discrecionalidad, suponen un cambio cualitativo importante. En efecto, la paulatina pero satisfactoria aplicación por el Tribunal Supremo de las nuevas posibilidades de control

---

(79) Luciano PAREJO ALFONSO: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

(80) Miguel BELTRÁN DE FELIPE: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

de la discrecionalidad y la difusión a partir de los años sesenta de las ideas de GARCÍA DE ENTERRÍA, desembocaron en la generalización de dos nuevos parámetros de control: los principios generales del Derecho y los conceptos jurídicos indeterminados (81). En este sentido, si «en el principio fue la exención» (Tomás Ramón FERNÁNDEZ), en la actualidad, es la plenitud en el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa [«*el cambio de paradigma*» que, según GARCÍA DE ENTERRÍA, se ha producido en el sistema de la Justicia Administrativa (82)].

Así, lo ha corroborado la jurisprudencia en el tema que nos ocupa: la STSJ Castilla-La Mancha 164/2003, de 12 de diciembre, señala en esta misma línea, que «en materia de clasificación de puestos de trabajo (...) *la Administración goza de una gran libertad y discrecionalidad* al ser la relación de puestos de trabajo uno de los instrumentos básicos por medio del cual se lleva a cabo la potestad de organización de la Administración en el régimen de función pública implantado tras la Ley 30/1984, de 2 de agosto (...). *Pero también viene admitiendo que dichas potestades pueden ser controladas como el ejercicio de las demás facultades discrecionales* y uno de los instrumentos de control es verificar si su ejercicio se ajusta a los hechos que la determinan de acuerdo con los motivos de interés público a los que está llamada a servir, otro es el de no poder incurrir en arbitrariedad y también se encuentra el de no poder servir a fines distintos que la justifican con prohibición en todo caso de la desviación de poder». Pasemos analizar brevemente estos tipos de control.

### **A) En particular, el control de los elementos reglados. La desviación de poder**

Como ya hemos advertido, no existen, en puridad, potestades discrecionales, sino más bien elementos discrecionales en el ejercicio de algunas potestades administrativas. Con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el control de los elementos reglados de las potestades administrativas (la existencia y extensión de la potestad, la competencia del órgano, las formas y procedimientos, el fin, tiempo, fondo parcialmente reglado, etc.) permite un primer control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional (83). Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

---

(81) Miguel BELTRÁN DE FELIPE: *Discrecionalidad ...*, op. cit., p. 82.

(82) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de la Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional ¿Un cambio de paradigma?*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

(83) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, op. cit., p. 466.

525/2005, de 25 de noviembre, «la preservación de este margen de discrecionalidad técnica atribuido por el legislador a la Administración (...) para el ejercicio de la potestad de ordenación del personal es perfectamente compatible con el control de la legalidad de la decisión clasificadora o de valoración atinente a un determinado puesto de trabajo respecto de, al menos, los siguientes extremos: a) *La correcta actuación de los elementos jurídicamente reglados* en el proceso de clasificación y valoración de los puestos de trabajo, así como en la determinación de la Relación de Puestos de trabajo (...)».

Entre tales elementos reglados, exentos de cualquier margen de valoración apreciativa por parte de la Administración, se encuentran los siguientes:

### **a) Competencia**

La competencia es uno de los elementos reglados que escapan a la virtualidad valorativa de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su potestad de ordenación de los puestos de trabajo. En términos generales, la competencia de aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo corresponde bien al Consejo de Gobierno, bien a uno o varios Consejeros, bien a un órgano técnico (84). En muchas ocasiones, la competencia originaria del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma es delegada en órganos inferiores (85). En la Administración General del Estado, la aprobación corresponde a la Comisión Interministerial de Retribuciones (86).

### **b) Procedimiento**

En cuanto a elemento procedimental, la normativa vigente en esta materia de las diferentes Comunidades Autónomas suele prever como trámites fundamentales del procedimiento de elaboración, aprobación y modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo la iniciativa por el Departamento y Organismo interesado, el informe de los órganos presupuestarios y consultivos así como la consulta a la representación del personal (87).

---

(84) En la Comunidad Autónoma de Aragón, la competencia corresponde conjuntamente a los Consejeros competentes en materia de organización administrativa y hacienda (Disposición Adicional Primera Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón).

(85) Es el caso de la Comunidad de Madrid (a favor del Consejero competente) o el de Cataluña (a favor de la Comisión Técnica de la Función Pública).

(86) Real Decreto 469/1987, de 3 de abril, por el que se articulan las competencias conjuntas atribuidas al Ministerio para las Administraciones Públicas y al Ministerio de Economía y Hacienda en la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987.

Para el supuesto de ausencia de los informes preceptivos, la jurisprudencia ha venido aplicando el mismo criterio empleado para el caso de las disposiciones de carácter general.

### c) Fin público prefijado por la norma legal

De entre estos elementos reglados, destaca la propia finalidad del ejercicio de la potestad. En este sentido, la sumisión de la acción administrativa —organizatoria— al fin del interés general y de la eficacia administrativa (art. 103.1 CE) es una condición más de legalidad de la misma (88). La Constitución ha elevado a rango constitucional esta fórmula de control, disponiendo con carácter general que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106.1 CE). Como explica el profesor BERMEJO VERA, la *desviación de poder* permite a los operadores jurídicos *averiguar si la potestad administrativa que se conoce a la Administración para la consecución de un fin público concreto* (en este caso, el de la eficacia) *ha sido ejercida para conseguir ese fin y no otro* (89).

La STS de 25 de mayo de 1999 ha entendido que «la desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de a actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio

---

(87) En la Comunidad Autónoma de Aragón, la actual redacción del artículo 4 del Decreto 140/1996, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón prevé la iniciativa a cargo del Departamento y, en su caso, los respectivos Organismos Autónomos, quienes elaborarán el correspondiente anteproyecto. Los Departamentos remitirán los anteproyectos de Relaciones de Puestos de Trabajo acompañadas del informe económico de la Dirección General de Presupuestos y Patrimonio, al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales que, a través de la Dirección General de Recursos Humanos recabará los restantes informes que resulten preceptivos, a la vista de los cuales elaborará el proyecto definitivo de relaciones de puestos de trabajo que será sometido al trámite de negociación establecido por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de la Condiciones de Trabajo y Participación de los Funcionarios Públicos, tras el cual el Consejero elevará las propuestas al Gobierno de Aragón para su aprobación y posterior publicación en el Boletín Oficial de Aragón. Estas previsiones han sido desarrolladas por la Orden de 7 de agosto de 1996 del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, por la que se dictan instrucciones para la tramitación de los expedientes de modificación de las relaciones de puestos de trabajo y de los anexos de personal, en cuyo articulado se prevé un trámite de informe por la Inspección General de Servicios.

(88) Carmen CHINCHILLA MARÍN: *La desviación de poder*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 112.

(89) José BERMEJO VERA: *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, Egido Editorial, Zaragoza, 2002, p. 212.

de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» exigiéndose «*la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza o de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio*», precisándose, para poder ser apreciado el vicio «*que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine*». En concreto, la doctrina jurisprudencial ha flexibilizado la calidad de la prueba de la desviación de poder: mientras que en la sentencias de los años sesenta y setenta el Tribunal Supremo imponía una demostración concluyente y rigurosa, a partir del año 1982 ha ido sentado los principios jurisprudenciales de que *la prueba de la desviación de poder no puede ser plena*, es decir, que la divergencia de los fines nunca será evidenciada por el acto, bastando con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido con los actos impugnados, *la razonable convicción del Tribunal de que se ha producido la desviación de poder*. Esta flexibilización en materia probatoria ha sido considerada jurisprudencialmente como algo derivado del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La casuística es muy variada. La STSJ Castilla-León (Burgos) 300/2001, de 27 de junio, calificó como desviación de poder la modificación de los complementos específicos para mantener el nivel retributivo de un funcionario concreto. Para el citado Tribunal «se ha probado esa disfunción entre el fin objetivo de la norma «que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico» y el fin instrumental perseguido por el órgano decisorio; por cuanto como se ha ejercitado potestades administrativas, que en nuestro caso han sido las de modificar los complementos específicos en atención a las características del puesto de trabajo definidas en el artículo 23.2b) de la Ley 30/1984, para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, concretamente con la finalidad de mantener el nivel retributivo de un funcionario o, dicho de otra manera, sus derechos adquiridos». Por su parte, la STSJ Valencia 1099/2000, de 30 de octubre, declaró la existencia de desviación de poder en la supresión del complemento específico de un determinado puesto de trabajo, *teniendo pleno conocimiento de quien va a desempeñar tal puesto de trabajo y dándose la circunstancia de que es el único puesto de trabajo con un complemento específico de cero pesetas (90)*. En un

---

(90) Es llamativo que en materia de complementos retributivos, la jurisprudencia *sustituya la decisión administrativa*, fijando el propio órgano jurisdiccional el complemento correspondiente. En

caso de supresión de un puesto de trabajo, el TSJ Castilla-León califica esta supresión de desviación de poder, «ya que la suspensión de ese puesto de trabajo en la plantilla cuestionada está poniendo de relieve una disparidad objetiva entre la potestad de autoorganización que el ordenamiento jurídico reconoce a las Administraciones Públicas (...), pero es que suprimir ese puesto de trabajo en la plantilla al tiempo que se mantiene a una contratada laboral para desarrollar las tareas que venía desempeñando el titular del puesto suprimido y hacerlo en un momento en que éste se encuentra cumpliendo una sanción disciplinaria, evidencia una intencionalidad de perjudicar a dicho funcionario, constitutiva de una clara desviación de poder y determinante de la nulidad de dicha supresión, únicamente, en aplicación del artículo 123.1 *in fine*» (91).

## **B) El control a través de los principios generales del Derecho. En especial, el control de la arbitrariedad, la motivación de los actos de ordenación del personal**

Otra de las técnicas empleadas jurisprudencialmente para el control de la discrecionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas y, en particular, de las de contenido organizativo es la de la aplicación de los principios generales del Derecho. Conforme al artículo 103.1 de la Constitución Española, la Administración actúa «con sometimiento pleno a la Ley y al *Derecho*», en el que se insertan expresamente los principios generales del Derecho (art. 1.1 del Código Civil). Tales principios proporcionan, por ello, otros tantos criterios que habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. Pero, como advierten los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «el control de la discrecionalidad a través de los prin-

---

el caso de la STSJ Valencia 1099/2000, de 30 de octubre, determinó el complemento específico del puesto de trabajo de Auxiliar Administrativo de Administración general en 44.892 pesetas, «cuantía que, en su caso, se puede incrementar, *pero no disminuir* por constituir un mínimo pactado que vincula al Ayuntamiento».

(91) La STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de diciembre de 2003 determinó la concurrencia de desviación de poder en la asignación generalizada del complemento específico en la totalidad de puestos de trabajo para cubrir la diferencia entre el nivel retributivo pactado con las organizaciones y el incremento máximo permitido legalmente y no para retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo de específicas condiciones de responsabilidad y especial dificultad técnica, exclusiva dedicación, especial dedicación y penosidad o peligrosidad. Por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de febrero de 2000, declaró también desviación de poder en la modificación de las relaciones de puesto de trabajo de funcionarios de la Administración de Castilla-La Mancha, en tanto crea una plaza de Gerente sin funciones determinadas con la finalidad última, no de mejorar la gestión del servicio, sino de obviar las garantías (expediente contradictorio) para la conversión de un puesto de provisión por concurso en otro de libre designación.

cipios generales no consiste (...) en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio subjetivo criterio. Si así fuese, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. *De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general»* (92).

Uno de los principios generales del Derecho más utilizados en el control de la discrecionalidad administrativa es el de *igualdad* (art. 14 CE). Ya nos hemos referido a él en múltiples ocasiones durante todo el presente estudio. Sólo resta recordar que el Tribunal Constitucional ha fijado, en aplicación de este principio, los criterios de la identidad de supuestos y de la *razonabilidad* y *objetividad* de la diferencia, para diferenciar una distinción legítima constitucionalmente de una discriminación reprochable y anulatoria (93, 94).

No obstante, el principal medio de control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa de la potestad organizatoria es el principio de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), en virtud del cual se debe declarar la *ilegalidad de toda actuación administrativa que se base en el puro arbitrio de la autoridad que la dicta* (95). La actividad administrativa, en cuanto basada en una potestad, debe ser siempre racional, coherente y orientada exclusiva-

---

(92) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, op. cit., p. 443.

(93) STC 8/1981, de 30 de marzo; 10/1981, de 6 de abril; 22/1981, de 2 de julio; 23/1981, de 10 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 81/1982, de 21 de diciembre; 34/1984, de 9 de marzo; 166/1986, de 19 de diciembre; 114/1987, de 6 de julio; 116/1987, de 7 de julio; 123/1987, de 15 de julio; 128/1987, de 16 de julio; y 209/1988, de 10 de noviembre.

(94) Tal como explica la STSJ Cataluña 381/2006, de 20 de abril, *«la igualdad no significa identidad y vulneraría precisamente el principio de igualdad tratar igualmente supuestos que son distintos. lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara expresamente el artículo 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable. Desigualdad significa, en consecuencia, discriminación no razonable. Y jamás puede vulnerarse el principio de igualdad cuando se trata desigualmente circunstancias, supuestos o situaciones distintas, siempre que as diferencias que se establezcan tengan una causa objetiva y razonable que se aplique de modo igual a todo los que se encuentran en la misma situación. La igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tale supuestos de hecho han de ser, asimismo, iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando al introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y —sea por ende arbitraria— por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciado debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional. Sólo acreditándose una semejanza sustancial por quienes están sometidos a un mismo régimen jurídico podría entenderse que el trato diferencial carente de una justificación objetiva y razonable sería discriminatorio (STC 260/1988)».*

(95) Luis COSCULLUELA MONTANER: *Manual ...*, op. cit., p. 324.

mente a la satisfacción de un interés público. Cuando ello ocurre, la actuación se califica de arbitraria y contraria, por tanto, al ordenamiento jurídico. La interdicción de la arbitrariedad permite establecer los límites intrínsecos de la discrecionalidad, ya que la acción discrecional no puede obedecer al puro capricho de la Administración, sino que debe guardar racionalidad y adecuación de medios a fines de que se ha hecho mención (SsTS de 28 de mayo de 1980 y 15 de octubre de 1981) (96).

El control de la interdicción de la arbitrariedad se articula a través de la *motivación* de la decisión administrativa —organizatoria—, en base a la cual se valora la justificación técnica de ésta. No en vano, la doctrina ha señalado a la motivación como el elemento central del acto administrativo «que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario» (97), ya que se trata de un medio para garantizar el control judicial de la actividad administrativa de carácter discrecional. En este sentido, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC, en adelante) dispone expresamente en su párrafo primero, que «*serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: (...) f) los (actos) que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales (...)*». El Tribunal Supremo ha enfatizado reiteradamente la necesidad de motivar los actos administrativos de naturaleza discrecional: así, en su Sentencia de 1 de junio de 1999, señala que «*la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación «suficiente» que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (STC 14/1991), fórmula un tanto vaga, si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la «suficiencia» (STC 100/1987)*». En la misma línea, es paradigmática la doctrina referida en la STSJ Cantabria de 25 de octubre de 2002: «A este respecto, resulta conveniente recordar que las potestades discrecionales son aquéllas en las que la Ley define alguna de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remitiendo a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión. Es por ello que la doctrina había venido poniendo de relieve como si la *motivación* tenía

---

(96) Luis COSCULLUELA MONTANER: *Manual ...*, op. cit., p. 324.

(97) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, 3ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2002, p. 1590.



una importancia secundaria cuando se trata de actos reglados, *adquiría una especial relevancia en relación con los actos discrecionales*, señalando que «*allí donde un control de los poderes discrecionales esté admitido, la obligación de motivar se convierte en una exigencia per se y su falta debiera sancionarse con la anulabilidad del acto administrativo*».

No obstante, debe advertirse que la propia norma legal (art. 54 LPC) señala que basta con que tal motivación se realice «*con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derechos*». Como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de marzo de 2003, «*la motivación no significa un reconocimiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula convencional y meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, la adecuación del acto al fin perseguido*» entendiéndose la jurisprudencia cumplido tal requisito cuando «*se precisa la fijación de los hechos determinantes, su subsanación en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que de éste se deduce y resulta adecuada la resolución*».

En aplicación de esta doctrina, la STSJ Castilla-La Mancha 342/2000, de 28 de marzo, señala que «*sí debe prosperar al menos parcialmente el recurso cuando denuncia la falta de justificación técnica de la reclasificación y catalogación del puesto de trabajo desempeñado por el recurrente. En el expediente no existe ni el más mínimo informe o dato que justifique a qué obedece la modificación de la configuración del puesto de trabajo en el nuevo esquema organizativo diseñado por el Acuerdo del Pleno de 14 de abril de 1997 ni tampoco se puede deducir de los datos del expediente ni de la contestación a la demanda. En este aspecto recobra toda su plenitud la constante y reiterada doctrina de esta Sala según la cual no cabe modificar en perjuicio del funcionario la estructura y nivel de las retribuciones contempladas en los catálogos o relaciones de puestos de trabajo de una Administración local si no constan debidamente justificadas las razones técnicas determinantes de una reclasificación del puesto o una configuración organizativa que lo ampare*». La Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de junio de 2004, en un supuesto de fijación arbitraria del sistema de libre designación, la Sala indica que «*en las resoluciones recurridas, en que no aparecen dichas características esenciales de cada puesto de trabajo, no es posible en consecuencia valorar si está justificada la provisión por el sistema de libre designación o la diferencia en la cuantía del complemento de destino (...)* por lo que debe prosperar esta pretensión actora en el sentido de declararse la no conformidad a Derecho de la RPT recurrida en el concreto ámbito del puesto de trabajo». Por su parte, la STSJ Andalucía de 28 de abril de 2000 declara arbitraria una redistribución de efectivos realizada en el ámbito de una Comisaría de Policía. El Tribunal andaluz insiste en que «*esto no supone convertir la potestad organizatoria en una potestad completamente discrecional, que no*

*exija justificación alguna, ya que ello supondría tanto como abrir la puerta a la arbitrariedad, expresamente proscrita por el artículo 9 de la Constitución (...), en nuestro caso, basta ver la motivación de los actos recurridos para comprobar como allí nada se nos dice de las concretas razones que justifican el cambio que aquí se recurre (...) y es llano que esa exigencia de motivación concreta, que aleja toda idea de arbitrariedad, no queda cumplida con la mera referencia a la necesidad priorizar otros servicios, ya que esto nada nos dice de las razones concretas hace supuesto de aquello que debe quedar justificado en el expediente».*

Tales supuestos jurisprudenciales —paradigmáticos de otros muchos— vienen a concentrar los criterios que la doctrina de los Tribunales aplica para la determinación de la *suficiencia* de la motivación de las decisiones organizatorias con efectos en la ordenación y clasificación de los puestos de trabajo y, por derivación, en el *status* objetivo del funcionario público al que afecta la modificación. En este sentido, la jurisprudencia más común viene exigiendo la expresión sucinta de las *razones* que inspiran la decisión organizatoria de la Administración, requisito indispensable para proceder al control de la adecuación de la disposición administrativa al fin habilitado por la norma. Como ya se ha señalado reiteradamente a lo largo del presente estudio, este fin es amplio (la eficacia y la racionalidad de la organización administrativa) y su concreción queda incluida en el ámbito de apreciación de la Administración pública (se ha podido advertir también el elevado respeto jurisprudencial al *halo* discrecional que envuelve este tipo de decisiones). No obstante, ello no impide un control judicial efectivo de la sujeción de las resoluciones organizativas emanadas de las Administraciones Públicas al fin público que las legitima jurídicamente; fundamentalmente, encaminado a constatar que tales decisiones no son motivadas por una finalidad espuria o simplemente ajena a la prevista por la norma (*vid. supra*).

### **C) Otras fórmulas de control: los hechos determinantes y los «conceptos jurídicos indeterminados»**

Otras fórmulas de control arbitradas por la jurisprudencia son la técnica de los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminados. En cuanto al primero, supone la comprobación de la existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad (SANTAMARÍA PASTOR) (98). En palabras del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sentencia de 8 de enero de 1999), «la preservación del margen de discrecionalidad técnica

---

(98) Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo I, 1ª ed., Ed. Iustel, Madrid, p. 430.

atribuido por el legislador a la Administración, no impide, sin embargo, que el control de la legalidad de la decisión clasificatoria atinente a un determinado puesto de trabajo se extienda (...) *al control de la veracidad sobre los hechos determinantes* que operan como presupuesto normativo de la valoración técnica» (99).

Por su parte, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados fue importada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA de la doctrina alemana. Son «conceptos jurídicos indeterminados» aquellos a través de los cuales la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intentan delimitar un supuesto concreto; a través de la aplicación de los conceptos indeterminados debe llegarse a una solución unívoca: « o se da o no se da el concepto; o hay necesidades del servicio o no las hay; o hay peligrosidad en el puesto de trabajo o no lo hay. A diferencia de la discrecionalidad pura —donde existe una libertad de elección entre alternativas igualmente justas jurídicamente indiferentes— los conceptos jurídicos indeterminados son un caso de aflicción de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias determinadas. Puede decirse, desde este punto de vista, que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, plenamente fiscalizable por el órgano jurisdiccional (100).

La jurisprudencia ha empleado profusamente la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados el ámbito de la ordenación de los efectivos personales de las Administraciones Públicas. Por ejemplo en la determinación de los complementos específico funcionariales. De conformidad, con el art. 24 EBEP, el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo. Así, la STS de 1 de julio de 1994 dispuso que *«los datos a tener en cuenta para la fijación del complemento específico integran conceptos jurídicos indeterminados que, en cuanto tales, tienen naturaleza regladas; o hay penosidad o no la hay, o hay peligrosidad o no, etc.* No aparece pues en la determinación del complemento específico la discrecionalidad administrativa,

---

(99) La Sentencia señalada estaba referida a un supuesto en el que en la clasificación del puesto de trabajo se incluía la mención «Especial horario» (jornada laboral reducida) en virtud de la cual se le aplicaba al ocupante una reducción proporcional en el haber retributivo. Según el parecer del Tribunal, no cabe tal reducción en tanto en cuanto no existe disposición, particular o general, donde se prevea tal reducción horaria. En este sentido, el argumento judicial reside en que no puede existir reducción retributiva cuando no se ha probado que existe el hecho que determina ésta: la reducción horaria.

(100) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, op. cit., p. 443.

sino que se trata de actuación reglada, bien que con un, en este caso, amplio margen de apreciación para la Administración».

Otro concepto jurídico indeterminado tradicional en el derecho de la función pública es el de las «*necesidades del servicio*». En parecidos términos que la sentencia anterior, la STSJ Castilla y León 1509/2006, ha calificado a este término como tal. Haciendo referencia a la obligatoriedad a cargo de la Administración de adscribir provisionalmente al funcionario excedente al puesto de trabajo vacante, «*no es una potestad de tipo discrecional sino que por el contrario el precepto está regulando una posibilidad reglada condicionada a las necesidades del servicio cumpliéndose los presupuestos de la norma*». Según el Tribunal, «*el requisito de necesidades del servicios es un concepto jurídico indeterminado que concurre o no concurre en cada caso correspondiendo a los tribunales su revisión*».

Son muchos los conceptos jurídicos indeterminados integrados en el régimen jurídico del empleo público (*mérito y capacidad* (art. 23.1 CE), *incapacidad sobrevenida para el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo* (art. 22.1.e) LMRFP), *incapacidad permanente* (art. 67 EBEP), *puestos de especial responsabilidad* (art. 74 EBEP), entre otras). No obstante, la doctrina jurisprudencial transcrita es generalmente aplicada a todos ellos.

## VII. RECAPITULACIÓN

La potestad organizatoria tiene múltiples vertientes; todas ellas se mezclan y entrecruzan formando una potestad *plural* a través de la cual las Administraciones Públicas adaptan su organización a la realidad en la que actúan. Podemos decir, en este sentido, que la potestad organizatoria, como todas las demás potestades administrativas, es una facultad *finalista*, dirigida constitucionalmente al objetivo de la consecución, con la mayor eficacia, del interés general (art. 103.1 CE).

Una de las vertientes de la potestad organizatoria es la que permite a las Administraciones Públicas ordenar sus puestos de trabajo. No podemos olvidar que el puesto de trabajo es el elemento básico de ordenación de los recursos humanos (configurando la vertiente objetiva de la condición funcional) a la vez que supone la base más elemental de la estructura administrativa, mediante la elaboración de las correspondientes relaciones de puestos. Por tanto, la modificación de la estructura organizacional afecta directamente a la situación jurídica de los empleados públicos cuyos puestos de trabajo quedan incluidos por el cambio organizativo.

Se produce, entonces, un conflicto de intereses de carácter público: por una parte, el de la eficacia administrativa que exige el cambio estructural;

por otra, el interés público que supone la garantía de los derechos de las personas que trabajan en el seno de la organización. No podemos olvidar que cualquier modificación de la estructura administrativa deberá realizarse dentro de los cauces perfilados, en mayor o menor medida, por el Derecho (art. 103.1 CE).

Sin embargo, lo cierto es que las Administraciones Públicas gozan, por virtud de la Ley, de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de organizar su estructura. Pero, al tiempo, se trata de un margen limitado, cuyos contornos la Administración no puede traspasar, más allá de los cuales, el ejercicio de la potestad organizatoria sería jurídicamente ilegítimo.

Desde esta perspectiva, para garantizar la regularidad del ejercicio de la potestad de autoorganización se ha articulado una serie de técnicas de control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, cuyo objetivo último se dirige a la evitación de las decisiones organizatorias arbitrarias y, en general, contrarias al ordenamiento jurídico.

La función jurisdiccional se convierte, entonces, no sólo en garante de la regularidad jurídica de la actividad de las Administraciones Públicas sino en verdadero motor de la calidad administrativa. *«Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor».*

Zaragoza, a 4 de julio de 2007

## LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN EN LAS CINCO VILLAS. UNA PROPUESTA A LAS EXPECTATIVAS PARA SU DESARROLLO

CARMEN FANTACCHIOTTI GUTIÉRREZ

SUMARIO. I. LA COMARCA DE LAS CINCO VILLAS.— II. ALGUNAS LEYES Y DECRETOS DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN.— III. LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN.— IV. EL PLAN BARDENAS Y LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN EN LA ZONA DE BARDENAS.— V. OBJETIVOS DE LA CREACIÓN DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN.— VI. PROBLEMAS POSTERIORES A LA CREACIÓN DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN.— VII. PROBLEMAS ACTUALES.— VIII. PROPUESTAS A LAS EXPECTATIVAS DE DESARROLLO DE ESTOS PUEBLOS.— IX. DESARROLLO DE LA PROPUESTA TURÍSTICA COMO OPCIÓN DE DESARROLLO Y DINAMIZACIÓN DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN QUE DEBE IR INTERRELACIONADA CON EL DESARROLLO DE LAS OTRAS PROPUESTAS PLANTEADAS: 1. Propuesta de ruta turística de pueblos de colonización con encanto en las Cinco Villas. 2. Los diversos arquitectos de los pueblos de colonización en las Cinco Villas.— X. LA ESTRUCTURA URBANA DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN EN LAS CINCO VILLAS: 1. Arquitecto D. Antonio Barbany Bailo: A) Santa Engracia. 2. Arquitecto D. Carlos Sobrini Marín: A) Sancho Abarca. 3. Arquitecto D. José Beltrán Navarro: A) El Sabinar. B) Valareña (1954). C) Pinsoro. D) El Bayo. E) Santa Anastasia. F) Bardenas del Caudillo. 4. Otros arquitectos: A) Alera. B) Campo Real.— XI. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN ESTUDIADOS.— XII. OTROS PUEBLOS RURALES CERCANOS A LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN MENCIONADOS QUE SE PUEDEN INCORPORAR AL ITINERARIO PLANTEADO O A OTROS.— XIII. OTROS PUEBLOS RURALES EN LAS CINCO VILLAS: QUE SE PUEDEN INCORPORAR AL ITINERARIO O A OTROS.— XIV. OTROS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN Y PUEBLOS RURALES EN ZARAGOZA: 1. Zona de la Joyosa; Monegros y Sobradriel, en Zaragoza.— XV. OTROS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN EN HUESCA.— XVI. EN TERUEL ENCONTRAMOS DOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN CUYO NÚCLEO MATRIZ ES ALCAÑIZ.— XVII. OTROS PUEBLOS RURALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.— XVIII. CONDICIONES NECESARIAS PARA IMPULSAR EL ITINERARIO TURÍSTICO PROPUESTO EN LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN DE LAS CINCO VILLAS.— XIX. ORGANISMOS Y OTRAS ENTIDADES DE DINAMIZACIÓN EN ARAGÓN Y LAS CINCO VILLAS QUE PODRÍAN CONTRIBUIR AL IMPULSO DEL ITINERARIO TURÍSTICO PROPUESTO.

**RESUMEN:** En Aragón, en la actual Comarca de las Cinco Villas se construyeron 10 nuevos pueblos y diversas obras de infraestructura hidráulica, caminos y otros, que se incluyeron en el Plan de Colonización de la Zona de Bardenas, por una política que se emprende a nivel nacional a partir de 1939; para la transformación económica y social de grandes zonas, la mejora del medio rural y las condiciones de vida de la población campesina.

Se realiza un análisis de la estructura urbana de los diez pueblos de colonización y se resumen las características generales de los mismos. Cada uno de los 10 pueblos, posee una tipología singular dentro de un modelo urbanístico regular, una idea de forma, dada por los arquitectos que intervienen y que aceptan los límites dictados por las circunstancias, donde se intenta cumplir un determinado encargo y programa, considerando las condiciones específicas del lugar y el territorio.

Por la singularidad de estos pueblos de colonización, sus imágenes y sus emplazamientos desconocidos, se propone una ruta turística que destaque la arquitectura y urbanismo rural, como opción para el desarrollo y dinamización de los mismos, que cobraría de este modo una verdadera dimensión territorial, con suficiente capacidad para diversificar el conocimiento del paisaje y los mismos pueblos, entroncados como itinerarios complementarios a las rutas actuales existentes o por crear en las Cinco Villas (centros históricos, verdes y naturales, balsas, lugares pintorescos, paseos peatonales y excursiones, bicicletas, caminos y cañadas reales, etc. ), las relaciones comarcales y regionales con zonas limítrofes, que nos ofrecen diversas enseñanzas acerca de la interacción hombre-medio, artesanía, gastronomía u otros aspectos que enriquecen el conocimiento humano.

*Palabras clave:* estructura urbana de los pueblos de colonización; Comarca de las Cinco Villas; Aragón.

**ABSTRACT:** In Aragon, in what is now the Cinco Villas Region, 10 new towns and various hydraulic infrastructure works, roads and so on were built, which were included in the Colonisation Plan for the Bardenas Area based on a policy applied on a national level from 1939 for the economic and social conversion of large areas, improvement of rural surroundings and the living conditions of people living in the country.

An analysis has been conducted on the urban structure of the ten colonised towns and their general features have been summarised. Each of the 10 towns is of a specific type within a regular urban development model, an idea of form provided by the architects involved who accept the limits dictated by the circumstances at the time, where an attempt is made to fulfil a certain assignment and schedule, bearing in mind the specific conditions of the place and terrain.

Due to the special nature of these colonised towns, their unknown image and location, a tourist route has been designed that focuses on rural architecture and urban development, as an option for developing and making them dynamic, which in this way takes on a real territorial dimension, with sufficient capacity to diversify knowledge of the countryside and the towns themselves, connected as supplementary itineraries to the current routes available at present or to be created in the Cinco Villas Region (historic, green and natural centres, pools, picturesque places, walking tracks and excursions, bicycle tracks, paths and cattle tracks, etc. ), and the regional and territorial relations-

*hip with the neighbouring areas, which provides different ideas about the interaction between mankind and the environment, handicrafts, gastronomy and other aspects to enrich human knowledge.*

*Key words: urban structure of colonized towns; Cinco Villas Region; Aragón.*

## I. LA COMARCA DE LAS CINCO VILLAS

Comarca de grandes dimensiones, es la única que extiende su territorio desde los Pirineos, hasta el río Ebro, con una variedad paisajística que va desde los bosques de las sierras a los de las riberas, pasando por las estepas y los campos de cereal. Limita al este con el río Gállego y la provincia de Huesca y al oeste con las Bardenas Reales navarras; la comarca reúne gran variedad de ecosistemas, como las estepas y planicies, los espesos bosques serranos o las lagunas endorreicas, refugio de aves migratorias.

La Comarca fue creada por la ley 26/2002 de 26 de Noviembre y posee:

- Una superficie: 3062,50 Km<sup>2</sup>.
- Una población (1/01/2002) 32669 Hab.
- El Número de Municipios: 31
- El Número de Entidades de población 54

El Plan Bardenas I, II y posteriores ha propiciado el desarrollo de la zona durante décadas, que ha repercutido en todos los ámbitos.

El desarrollo de la colonización agraria va parejo a un incremento exponencial de los regadíos y al apoyo de ayudas internacionales al desarrollo (hasta 1977). Se distingue una primera etapa primordialmente de postguerra con una idealización de la agricultura que no se empezarán a llevar a cabo hasta 1949 con las primeras actuaciones prácticas que conducirán a un 30% de la tierra en transformación hasta el final de la dictadura. En una segunda



Gráfico 1.



etapa, ya democrática, se intentará llevar a cabo una politización de los colonos donde tuvo gran importancia el impulso de las asociaciones de cabezas de familia y posteriormente por el sindicato agrario UAGA. Con los planes socialistas de los 80, se dotó de más tierra a los colonos (más de 20 Ha) pero coincidió con el alza de precios de la maquinaria, el combustible, los abonos y el precio a la baja de los productos agrarios, que llevaba consigo el inicio de la globalización de la agricultura y la monopolización de la misma por parte de las multinacionales semilleras, la cual había comenzado con la guerra del maíz (1976) con la que se intentaba introducir en el mercado europeo los excedentes de maíz USA. Todo ello llevo a un endeudamiento de las economías de la población agraria en general y la colona en particular. La falta de una industria agraria y de una comercialización de los productos agrícolas tuvo como respuesta el cooperativismo.

Actualmente, además de los usos tradicionales de agricultura, ganadería e industria; la comarca de las Cinco Villas ha sabido aprovechar el impulso del turismo y promociona su *amplio patrimonio monumental, histórico artístico, cultural, el patrimonio natural y documental*, para atraer a visitantes. De este modo, la zona ha dejado de depender exclusivamente del sector primario para desarrollar nuevos puestos de trabajo en el sector servicios. Aun así, la agricultura y ganadería sigue teniendo un gran peso en la comarca. En general, el cereal de secano es el cultivo que más abunda, aunque también se ha desarrollado el regadío y la nueva huerta permite obtener arroz, maíz, tomate, pimiento y diversas hortalizas. La industria sigue siendo escasa en la comarca y se concentra principalmente en al capital, Ejea de los Caballeros, que concentra un gran peso demográfico en la zona y, debido a la demanda interna, posee también el mayor número de servicios. Tauste cuenta con un desarrollo industrial potencial que actualmente se está desarrollando y que se desarrollará posteriormente por sus potencialidades.

Las Cinco Villas están conformadas por 31 Municipios y los más conocidos se enmarcan en Cinco Municipios que se han denominado como las *Cinco Villas históricas*:

- Tauste
- Sádaba
- Uncastillo



Gráfico 2.

- Ejea de los Caballeros
- Sos del Rey Católico

Los 26 Municipios menos conocidos son: Ardisa, Asín, Bagües, Biel-Fuencalderas, Biota, Castejón de Valdejasas, Castiliscar, Erla, Frago (El), Isuerre, Layana, Lobera de Onsella, Longás, Luesia, Luna, Marracos de Priesratajada, Navardún, Orés, Pedrosas (Las), Piedratajada, Pintos (Los), Puendeluna, Sierra de Luna, Undués de Lerda, Urriés, Santa Eulalia del Gállego.

El conjunto monumental de las localidades de las Cinco Villas son el principal reclamo turístico de la comarca, donde podemos encontrar vestigios de:

- La época *Prerromana*: Yacimiento de ValdeTaus en Tauste (años 500 y 50 AC).
- La época *Romana*: yacimientos arqueológicos como Los Bañales en Uncastillo, El Mausoleo de la familia Atilia en Sádaba o el de Sofuentes, el sarcófago de Catisliscar y otros.
- El *Románico*: importantes obras se distribuyen en casi todos los municipios, castillos, iglesias (Santa María la Mayor en Uncastillo, La iglesia de Santa María en Ejea), ermitas y otros.
- La *huella Judía*: la elevada presencia judía en la Comarca hace que se puedan visitar cementerios (Biel y Uncastillo), sinagogas (Biel, Luesia y Sos de los Reyes católicos), láminas sepulcrales (El Frago), barrios judíos de Ejea de los Caballeros, Tauste, Luna, Luesia, Ruesta, Biel, Uncastillo, el Frago o Sos de los Reyes Católicos y otros.
- La *huella Árabe*: Torre Mudéjar de la Iglesia de Santa María en Tauste y otros.
- Otros Estilos: *Gótico* (Sádaba, Biel, Undués de Lerda. Píntano, Ruestra Tauste: Ermitas de San José y Santa Ana,). *Barroco* (Ejea, Las Pedrosas, Sos del rey Católico, Luna, Tauste. Convento de Santa Clara (Monjas Clarisas) e Iglesia de San Jorge siglo XVIII. Barroco Popular) de gran sencillez). Castejón y Ejea., *Renacimiento Aragonés*. (arquitectura Civil: casa de la Cámara, Casa de Cultura de Tauste,) y otros.

Actualmente se ofertan diferentes rutas turísticas en las cinco Villas como son:

- Ruta de los Castillos
- Ruta del Románico
- Ruta de las Juderías
- Ruta de «El Batallador»
- Lugares Pintorescos

- Rutas verdes y Rutas Naturales
- Rutas de Paseos peatonales y Excursiones
- Rutas en Bicicleta
- Ruta de Miradores
- Ruta de las Balsas de las Cinco Villas
- Otras

Entre las obras incluidas en el Plan de Colonización de la Zona de Bardenas, situados relativamente a poca distancia entre ellos, figuraba la construcción de 11 nuevos pueblos en la Comarca de las Cinco Villas:

1. Santa Engracia
2. Sancho Abarca
3. El Sabinar
4. Valareña
5. Pínsoro
6. El Bayo
7. Santa Anastasia
8. Bardenas del Caudillo
9. Alera
10. Dehesa del Portillo
11. Campo Real



Gráfico 3.

Actualmente pertenecen administrativamente al Municipio de Tauste, dos pueblos de Colonización (Santa Engracia y Sancho Abarca), Seis pueblos (El Sabinar, Valareña, Pínsoro, El Bayo, Santa Anastasia, Bardenas del Caudillo (actual Bardenas) al Municipio de Ejea de los Caballeros; uno al Municipio de Sádaba (Alera) y uno (Campo Real) al Municipio de Sos del Rey Católico. Es de destacar que, en el Municipio de Catisliscar se había proyectado un pueblo de colonización denominado «Dehesa del Portillo» que no fue construido.

Aproximadamente a finales de 1958, se construyeron de media 202 viviendas en los nuevos pueblos asentándose aproximadamente 1.267 familias.

En estos poblados de Bardenas, *de morfología y arquitecturas semejantes*, se cultivó básicamente maíz, luego completado con cereales de invierno, alfalfa y hortalizas (sobre todo pimiento y tomates), según la calidad del lote y la mano de obra disponible. La alfalfa se utilizó a menudo en la transición

del secano al regadío, por ser un cultivo mejorante y con fuerte tolerancia a la salinidad. Los colonos más antiguos intensificaron la producción en cuanto se lo permitió la maduración del regadío y, como estrategia para captar mayores ingresos, optaron, a partir de 1968-70, por cultivos de huerta, en detrimento del maíz (amenazado con importaciones extemporáneas) y de otros cereales, cada vez menos regulados y protegidos por el Estado.

*A través de la historia y en los diferentes modelos de ciudades, se ha regulado el uso de la tierra y la disposición física de las estructuras urbanas en función de los criterios estipulados por la arquitectura, la ingeniería y el desarrollo territorial. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el modelo de las ciudades ha sido el reflejo de la cultura de sus pobladores, de la realidad social, que subyace en todo asentamiento urbano y de las civilizaciones.*

## **II. ALGUNAS LEYES Y DECRETOS DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN**

Anterior al Decreto de los pueblos de colonización se aprueba la ley de 26 de diciembre de 1939 sobre La Colonización de grandes Zonas y la Ley de 21 de abril de 1949 sobre colonización y distribución de la Propiedad de las zonas regables y otras.

El Decreto, que dio origen a estos pueblos de colonización, fue el dictado el 19 de octubre de 1951 (B.O. Nº 305 de 1/11/51); que declaró de *alto interés nacional la colonización de la Zona Regable por la primera parte del Canal de Bardenas desde el Pantano de Yesa hasta el río Arba de Luesia.*

Para disponer de terrenos para la construcción de los nuevos pueblos, el Instituto Nacional de Colonización llegó a acuerdos con los Ayuntamientos, para comprar terrenos pertenecientes a sus comunales y propios, desembolsando un dinero, por estas tierras que luego, a su vez, pagaron los colonos al Instituto. Así, el Instituto de colonización pagó las expropiaciones de sus fincas a antiguos propietarios u otros.

Por Decreto de 12 de febrero de 1954 (B.O. Nº 55 de 24 del mismo mes) se aprobó el *Plan General de Colonización de la Zona de Bardenas.* El Plan coordinados de Obras fue emitido por Orden Conjunta de los Ministerios de Obras Públicas y Agricultura el 28 de Marzo de 1955.

### III. LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN

Los pueblos de colonización han sido de nueva creación y han surgido por una política que se emprende a nivel nacional a partir de 1939 y como nuevos asentamientos colectivos de población en las diversas regiones Españolas, poseen una tipología singular y cada uno de ellos es diferente al otra, por el toque diferenciador del arquitecto que lo proyectó, donde se intenta cumplir un determinado encargo y programa, considerando las condiciones específicas del lugar y el territorio. Estos pueblos también han tenido una influencia y un impacto en la vida real de sus habitantes, en su entorno más cercano (Municipio) y en su territorio (Región).

*La política de colonización comenzó a perfilarse en España tras la Guerra Civil. Tenía como objetivo transformar en zonas de regadío grandes territorios hasta entonces incultos, para aumentar la productividad general del país. Y, como medio de consolidar las mejoras en el territorio, pretendía instalar de manera estable pequeñas agrupaciones de campesinos que las rentabilizaran, gracias a la redistribución de la propiedad. Este ambicioso programa fue desarrollado por la Administración del estado; cuando se creó en 1939, el Instituto Nacional de Colonización (INC) cuya extinción oficial tuvo lugar en 1971, año en que desapareció el Instituto, aunque la finalización definitiva de algunas de las fases del proyecto se prolongó hasta 1985. Desde 1972, se creó el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario (INC-IRYDA) que continuó con las Funciones del INC con competencias transferidos o compartidas actualmente con la Comunidad Autónoma y la Administración Local; dándoles a los pueblos de colonización una condición de Municipio o Entidad Local Menor.*

Resultado de una intervención en el territorio y de acometer importantes obras de carácter público: infraestructura hidráulica (pantanos, canales de riegos acequias y otros); deforestaron, roturaron montes; nivelación de terrenos escabrosos; construcción de caminos, se propiciaron algunas condiciones para que se construyan las nuevas poblaciones que iban a acoger a los colonos y para que se pudiera desarrollar la agricultura y el asentamiento de sus pobladores dentro del amplio marco de transformación económico y social de grandes zonas, en beneficio de la comunidad nacional, la mejora del medio rural y las condiciones de vida de la población campesina; pero que no fue el resultado de una planificación urbanística territorial íntegra, expresión imperfecta del desarrollo sostenible; ya que los pueblos de colonización, ocuparon diversas áreas del territorio, con problemas de infraestructuras, servicios, comunicaciones y otros, que no fueron estudiados en el momento de su creación, pero que deberán ser abordados al plantear su futuro desarrollo. En la actualidad, los urbanistas se preocupan cada vez más de las cuestiones medioam-

bientales; así mismo, sus objetivos finales son integrar, potenciar y preservar las zonas rurales de los procesos urbanísticos salvajes.

Refiriéndose a la creación de los pueblos de colonización, Beato Espejo, en su libro *El Régimen Local y la colonización Interior del siglo XX*, manifiesta en la pag. 17 «...cerca de 300 en la geografía española, más de 30.000 viviendas construidas y 176.000 habitantes que la ocupan...», y en pág. 129, «A lo largo de 40 años el territorio ocupado por la acción del Estado para este fin, asciende a más de 1,2 millones de Has y las soluciones adoptadas para cada asentamiento ha variado de acuerdo con el momento socio económico del país, con la peculiaridad regional española...».

#### IV. EL PLAN BARDENAS Y LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN EN LA ZONA DE BARDENAS

Una de las determinantes necesarias para la creación de los pueblos de colonización en la zona de las Bardenas, fue la creación de la infraestructura hidráulica del «Canal de Bardenas», «el Pantano (Presa) de Yesa» y la puesta

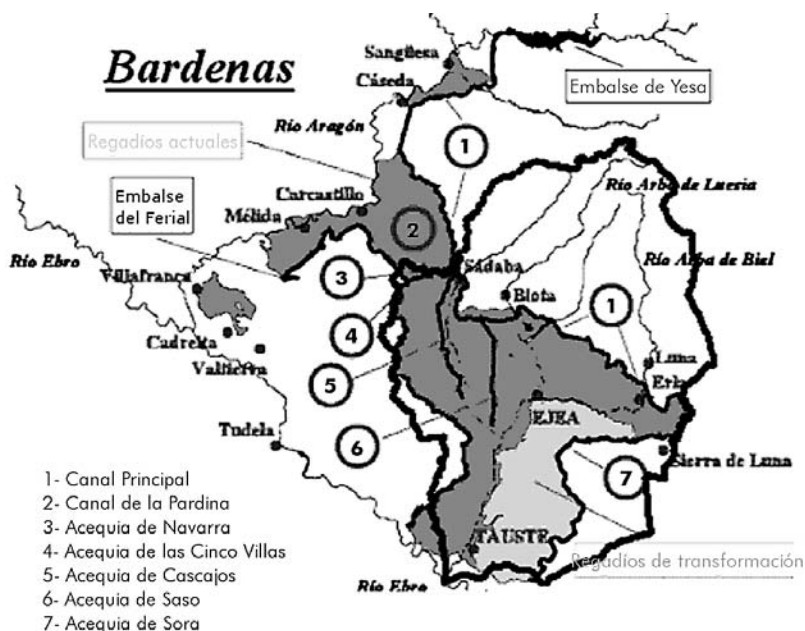


Gráfico 4.

en servicio de «60.000 ha. Regables; de las cuales 40.000 están localizadas en Aragón y 20.000 en Navarra y va Desde Sangüesa a Tauste»\*.

\*Datos y planos publicados por la Confederación Hidrográfica del Ebro.

El Canal de Bardenas tenía como objetivos enlazar los tres grandes Ríos: Cinca, Gallego y Aragón (canal de Bardenas-Pardina-Otros).

El encargo de las obras del Canal de Bardenas fue realizado a los Ingenieros Feliz de los Ríos, D. Mariano Vicente y D. Antonio Colom en 1923-1924. El 7 de mayo de 1926 una Real Orden aprueba el proyecto de la Presa de Yesa que tendría una capacidad inicial de 470 hm<sup>3</sup> destinados al Canal de Bardenas y al riego de la zona de cultivo de la propia cuenca. El mismo equipo que proyecta el Canal de Bardenas proyecta la presa; presentando su trabajo el 29 de diciembre de 1924. Este sería aprobado 8 años después, el 30 de junio de 1932, por una Resolución de la Dirección General de Obras Hidráulicas. Así mismo, las obras comenzaron en 1932 e incluyeron 132 Km dividido en dos partes: Bardenas I y Bardenas II (que a la vez se subdivide en siete tramos, de los cuales actualmente está construido hasta el sexto). Aunque el 13 de noviembre de 1928 comenzaron las obras de cimentación de la presa, que habían sido sacadas a concurso en el tercer plan de Obras y Trabajos.

Después de la guerra civil, en que las obras estuvieran detenidas, se retoman con la construcción de la variante de la carrera en 1940 y la excavación de la ladera derecha. En 1945, de la mano de Rene Petit, se realizan dos reformas del proyecto, la primera se aprueba por Orden Ministerial el 6 de febrero y la segunda y definitiva, el 15 de septiembre. Definitivamente quedan designadas las utilidades que se le van a dar al agua de Yesa que son las mismas que se habían previsto en el proyecto de Feliz de los Ríos, pero se rebaja la superficie regable a 110.000 ha. El 19 de octubre de 1951 se declara por Real Decreto de *alto interés nacional* la transformación en regadío de la zona de la primera parte del canal que llega hasta el río Arba de Luesia.

Se encarga el proyecto general de riegos para el Canal de Bardenas al Instituto Nacional de Colonización. El 12 de febrero de 1954 se aprueba dicho proyecto para la primera zona del canal y se forma una Comisión Técnica Mixta que queda encargada de elaborar el Plan Coordinado de Obras que es aprobado el 28 de marzo de 1955. En 1959 se acaban las obras de la presa, que entra en servicio en 1960 a la vez que la primera parte del Canal dando servicio a 21.000 Ha de las 110.000 proyectadas.

A través del tiempo la ampliación de la zona Bardenas ha seguido contribuyendo al desarrollo de la zona. Existen tramos del Plan Bardenas II en construcción y Bardenas III, que todavía no se ha iniciado.

## **V. OBJETIVOS DE LA CREACIÓN DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN**

Con los Pueblos de Colonización, se crean una estructura, urbanística, arquitectónica; con los aspectos estéticos, morfológicos y paisajísticos específicos; y expectativas de trabajo; donde se ofrecía suelo cultivable, con una infraestructura hidráulica adecuada; con el objetivo principal de crear nuevas Unidades Residenciales o modernizar las existentes, dentro de un amplio marco político para la transformación económica y social de grandes zonas en beneficio de la Comunidad Nacional, la mejora del medio rural y las condiciones de vida de la población campesina; donde:

- Se instala de manera fija y estable una población que trabajara en la agricultura y guiada por el INC-IRYDA como Administración-Autoridad-Control de las mismas, luego por el Municipio para cumplir con los Objetivos agrarios. Carácter productivo, quedando finalmente como Entidad Local Menor y/o adscrita a un Municipio.
- Se llevan personas adecuadas (venidas de comunidades vecinas, de la misma Provincia o de otras) para ejecutar las tareas programadas y para que éstas conformen la Comunidad.

## **VI. PROBLEMAS POSTERIORES A LA CREACIÓN DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN**

Hay problemas que no se tomaron en cuenta, repetidos en varias ocasiones en el libro «El Régimen Local y la colonización interior del siglo XX» de Manuel Beato Espejo como:

1. El aspecto social y Comunitario, con la necesidad de dichas comunidades de ampliar las relaciones sociales cuando se pasa de una economía de subsistencia a otra de mercado; donde se necesita una plenitud de relaciones (vecindad, convivencia-ocio), que sobrepasaron el ámbito productivo; para poder alcanzar un nivel social, comunitario propio.
2. La falta de servicios mínimos, con medios adecuados.
3. La falta de comunicación y la nula infraestructura viaria, entre estos mismos asentamientos y con otros poblados y con el entorno rural en que se encontraba.
4. La capacidad jurídica propia independiente para elegir y nombrar a una Corporación que los guíe. Surgiendo organizaciones paralelas, tanto legales como sociales, con personalidad jurídica y fines propios, que representan a la comunidad con grandes limitaciones.



En los años 70, algunos núcleos de estos poblados fueron ampliados, en el momento en que el agricultor y sus familias disponían de medios de transportes donde podían desplazarse entre 10 y 15 Km. del lugar de residencia.

En referencia a los objetivos con que fueron planteados en la creación de estos pueblos de colonización; Carmen Gaviria e en el Artículo: Historia y evolución de la Colonización Agraria en España 1939-1982 publicado en la Revista bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona (ISS 1138-9796) N<sup>o</sup> 19, 26 de Abril de 1997 Manifiesta «Los pueblos de colonización se crearon con la política urbanística, impulsada por el Régimen de Franco; unos: «...trescientos (300) pueblos nuevos creados en las 200 áreas de expansión... la colonización no llevaba implícita una reforma de las estructuras de la propiedad agraria,... de la misma forma que de una estrategia comarcal y un desconocimiento de los efectos en la zona que se creaban los Pueblos que con el paso del tiempo han puesto de manifiesto su mala localización... Pensados en función del Regadío y dependientes de una sola actividad, fueron concebidos y realizados, más como planes de arquitectura que de urbanismo, esto explica que hoy, el 58% sean pueblos frustrados y en recesión...» (tomo III, 1991, p 284).

Manuel Beato Espejo cita a M. Bueno, en su libro «El Régimen Local y la colonización interior del Siglo XX. En al Pág. 128» La experiencia española tanto en el campo de la creación de nuevos núcleos rurales como en la modernización de pueblos antiguos es realmente trascendente por el volumen de trabajo desarrollado, por la diversidad regional, tan rica en matices socio culturales, y especialmente se ha producido en un período histórico dilatado, que ha permitido abordar estos problemas en situaciones propias de un país en vías de desarrollo o un país desarrollado según el momento y circunstancias que analicemos»

Actualmente algunos de los problemas planteados se han solucionado, pero otros no se han solucionado completamente.

## VII. PROBLEMAS ACTUALES

1. *Despoblación, alto nivel de envejecimiento, poca o nula tasa de crecimiento y poco entusiasmo de la población para conseguir soluciones sólidas a corto y largo plazo.*
2. *Zonas rurales con poco tejido urbano, poco estructurados y frágiles, desde el punto de vista de la organización social y política del territorio.*
3. *Falta de inversión para incentivar políticas de desarrollo.* Encontramos poca incidencia de actuaciones Administrativas Municipales, Regiona-

les y Autonómicas en estos pueblos y escasa inversión en nuevas infraestructuras y mantenimiento (obsolescencia de las infraestructuras creadas hace más de 50 años).

4. *Carencias formativas de Educación secundaria u otro tipo de educación.*
5. *Carencia de servicios sociales y sanitarios escasos y sus infraestructuras.*
6. *Falta de dotación de equipamientos y servicios; actividades relacionadas con el turismo rural y el agro turismo, falta de acceso a las nuevas tecnologías y otros factores de competitividad.*
7. *Falta de estructuras agrarias y comerciales y/o industrias agroalimentarias que absorbiese los excedentes lógicos de mano de obra sobrante y que transformase los productos elaborados en la zona.* Los colonos crearon sus propias cooperativas y canales de comercialización, siguiendo un camino que a menudo fue paralelo a la revitalización sindical agraria.
8. *Escasa flexibilidad en el programa de viviendas construidas para adaptarse al cambio de las necesidades de la población y que con el tiempo han resultado insuficientes.* Por esto, encontramos ampliaciones y modificaciones, que se han realizado sin proyecto y sin licencia de obra y que sobrepasan la ocupación de los solares y la edificabilidad.
9. *Falta de mantenimiento y conservación de las edificaciones cuyos materiales utilizados han sido de calidad media en la construcción de las mismas y que con el paso del tiempo causa un deterioro progresivo en las mismas.*
10. *Tamaño de los lotes para el cultivo, de las parcelas de tierra, insuficiente para que una familia pueda vivir de él exclusivamente de su explotación.* Así como la baja remuneración del agricultor, de la consiguiente falta de dinero para invertir en mejoras de producción y bajada de los precios de venta en muchas ocasiones o las fluctuaciones del mismo.
11. *Política de subvenciones para la agricultura y otros.*
12. *Herencia de la tierra:* como el lote de la tierra no podía dividirse, debía ir a un único heredero según el marco jurídico de la colonización. Normalmente era el primogénito quien disponía de medios de producción, el resto de los hijos emigraba, ya que lo le quedaba más salidas.
- 13 *Otros lotes se han vendido cuando el padre alcanzaba la jubilación, ya madurados y revalorizados, a capitales foráneos y a grandes empre-*

sas, que iba en contra de la pretendida función social de un proceso que había contado con cuantiosas inversiones y con una financiación proveniente del presupuesto nacional.

## VIII. PROPUESTAS A LAS EXPECTATIVAS DE DESARROLLO DE ESTOS PUEBLOS

1. *Carácter Agropecuario* (inicial) que se tendrá que adaptar a la dinámica actual de globalización y diversificación, para ser competitivos en los mercados (empresarios Locales).
  - Creación de estructuras sólidas agrarias y comerciales. El Polémico *Recrecimiento del embalse de Yesa*, triplicaría su capacidad actual de 447 Hm<sup>3</sup>, de gran importancia sobre todo para las Bajas Cinco Villas, ya que supondría, según la Comunidad General de Regantes del Canal de las Bardenas, consolidar la totalidad de la superficie regable del Plan Bardenas, mediante la puesta en riego de toda la segunda parte del citado Plan.
  - Acceso a nuevas tecnologías.
  - Creación de equipamientos relacionados con el Agro-turismo.
2. *Primera residencia*: con calidad de vida, aunque se trabaje en otra zona cercana.
3. *Segunda residencia*: para utilización de fines de semanas, periodos vacacionales u otros.
4. *Usos Turísticos y de servicios (culturales u otros)*:
  - El Turismo como opción de Desarrollo de los pueblos de colonización, está explicado en un apartado de este trabajo como complemento interesante a desarrollar y que implicaría dar opción a unas actividades complementarias, que podrían generar algunos puestos de trabajos e incentivar los valores rurales-urbanos (intermedios entre lo rural y lo urbano y su idealización), de contacto con el medio ambiente y ecológicos; que deberá ser Impulsada a través de Instituciones locales y políticas y presupuestos locales y territoriales.
  - *Crear equipamientos y actividades relacionados con el turismo rural.*
  - *Combinar, regular y gestionar de manera coordinada la actividad turística planteada con los espacios naturales y las rutas verdes de las «Reservas Naturales de las Faldas de Bardenas que deberá regularse con las tres reservas Reales de Navarra y enmarcada dentro*

del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (POR), así como el acondicionamiento de caminos rurales y vías pecuarias.

- *Futuros usos de locales comerciales y bares en las plantas bajas de algunas edificaciones para fomentar zonas de servicios, así como la construcción de nuevos equipamientos: si se desarrollan los usos turísticos podrán establecerse algunas actividades relacionadas con el turismo y el ocio.*
5. *Educativas: Proponiendo en los mismos pueblos, centros educativos que diversifique y prepare a la población para enfrenarse con nuevos retos.*
  6. *Asistencia Técnica para la mejora de todas las condiciones anteriores. Desarrollo en referencia de la Planificación Planteada, como poblados eminentemente agrícola y la influencia que podría tener la evolución urbana el desarrollo de otras actividades que pudieran resultar interesantes para el desarrollo futuro del mismo y su Recuperación tanto física, como económica y Social y lo que pudiera resultar un futuro adecuado en cuanto a usos futuros y propuestos.*
  7. *Desarrollo de las infraestructuras de comunicaciones de los pueblos con otros pueblos de colonización y con otros núcleos más desarrollados en la autonomía y con otras autonomías.*

## **IX. DESARROLLO DE LA PROPUESTA TURÍSTICA COMO OPCIÓN DE DESARROLLO Y DINAMIZACIÓN DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN QUE DEBE IR INTERRELACIONADA CON EL DESARROLLO DE LAS OTRAS PROPUESTAS PLANTEADAS**

Expectativas como crecimiento y arraigo de la población en referencia a los objetivos y la influencia que podría tener la evolución urbana el desarrollo de otras actividades turísticas como desarrollo futuro del mismo y los pueblos de colonización de su entorno para su recuperación tanto física, como económica y social y que pudiera resultar un futuro adecuado en cuanto a usos futuros y propuestos, utilizando políticas de sostenibilidad.

Aunque se desarrolle una de las propuestas planteadas, se tendrán que desarrollar conjuntamente las otras; ya que cualquier problema; deberá *estructurarse conjuntamente, y deberá contar con el ayuntamiento, la Comarca y la Autonomía a la que pertenecen*, para aprovechar el máximo de oportunidades de desarrollo y un presupuesto económico que los garantice.

Según lo determinado el apartado 1, la Comarca de las Cinco Villas, ofrece actualmente unos atractivos turísticos interesantes, donde se podría plan-

tear alternativamente, una ruta para visitar la secuencia de *10 pueblos de colonización*; donde se podría explotar la idea: entre lo rural y lo urbano, pueblos que han sido creados siguiendo los parámetros de los trazados urbanos regulares y cada uno de ellos tiene una característica diferenciadora en cuanto a su diseño y su implantación en el territorio.

Así mismo, se podrían sumar otros 4 pueblos rurales históricos cercanos, Malpica de Arba, Rivas, Faradué; en el Municipio de Ejea de los Caballeros y Catisliscar en el Municipio de Catisliscar, así como también se podrían establecer otras rutas en la Comunidad Autónoma con otros pueblos rurales, que también tienen singularidades que presentar.

La ordenación del territorio constituye el gran reto para resolver los problemas y oportunidades de desarrollo territorial, regional cualquier actuación que se fuera a llevar a cabo deberá plantearse, en su concepción más amplia, tomando en cuenta el desarrollo sostenible; a partir de la escala regional, integrando todos los sectores y actividades implicadas en la transformación del espacio, respetando los espacios protegidos desde el punto de vista medioambiental y que incorporen elementos y valores culturales de identidad local, frente a los valores de la civilización urbana o de los procesos desmesurados de urbanización. *En este sentido los espacios naturales mejor conservados, los espacios arquitectónicos ligados al habitat, podría convertir los lugares marginales (muertos o estancados) en el signo y punto de arranque de su renacimiento; ya que, asistimos a un cambio radical de las relaciones de la sociedad con la naturaleza y con el medio rural, buscando atractivos, que difícilmente se pueden encontrar en las ciudades, lejos de los circuitos más conocidos y frecuentados, se pueden encontrar valores culturales inéditos, y podremos encontrar una variedad del paisaje natural y un rico mosaico de aprovechamientos agrarios, que junto al patrimonio, ligado a la historia y a la vida rural, se convierte en el recurso más valioso del turismo cultural. Directa o indirectamente, estas potencialidades, pueden contribuir a través del turismo rural, a estimular la rehabilitación del patrimonio, a la revalorización de los recursos agrarios y ganaderos, a la consolidación de un sector terciario diversificado, y en definitiva a la pluriactividad de la población activa rural, apuntando de este modo a sus rentas y a una mejor calidad de vida.*

*Las propuestas de itinerarios y la complementariedad de usos turísticos en la arquitectura rural, las imágenes y emplazamientos de pueblos desconocidos, la oferta gastronómica regional, cobraría de este modo una verdadera dimensión territorial, con suficiente capacidad para diversificar el conocimiento del paisaje y de los pueblos de colonización, entroncados como itinerarios complementarios a las Cinco Villas (centros históricos), las relaciones comarcales y regionales con zonas limítrofes; donde podríamos añadir los caminos y cañadas reales u otros, que nos ofrecen diversas enseñanzas acerca de la*

*interacción hombre-medio, artesanía enriqueciendo las escalas del conocimiento o las rutas verdes.*

El turismo ha ido cobrando cada vez mayor protagonismo en los últimos tiempos y está llamado a desempeñarlo todavía más en el futuro inmediato de las Cinco Villas, dada la abundancia de recursos patrimoniales (naturales y culturales) existentes en ellas. Ya han comenzado a ponerse en valor algunos de ellos, pero las potencialidades son enormes si tenemos en cuenta, además de la mencionada riqueza de nuestro territorio, el incremento del gusto por viajar y la consolidación de un nuevo modelo de turismo (interior) menos masivo, activo y de mayor calidad, más ecológico, más acercado a la naturaleza y más acercado hacia lo rural.

## **1. Propuesta de ruta turística de pueblos de colonización con encanto en las Cinco Villas**

*La propuesta es potenciar todos los núcleos existentes, primero en las Cinco Villas, pudiendo extenderse al resto de la Comunidad Autónoma de Aragón y a otras comunidades, para destacar sus aspectos más positivos para que, todos ellos encadenados, actúen conjuntamente, como fuerza motriz para su desarrollo.*

*Se propone el siguiente itinerario de los pueblos de colonización en las Cinco Villas:*

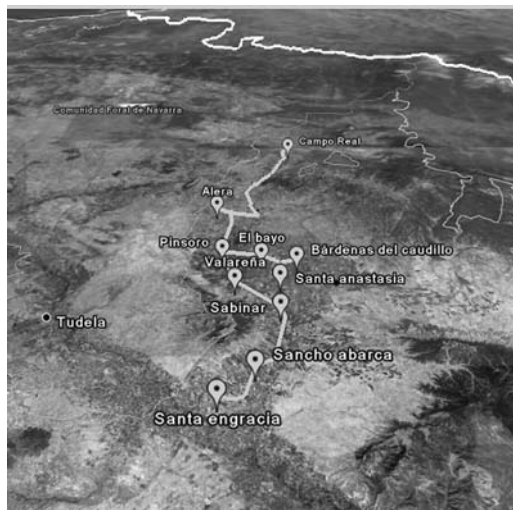


Gráfico 5. Itinerario.

Estos pueblos de colonización enmarcados tipológicamente dentro del urbanismo regular; poseen cada uno su personalidad propia, su diseño individual, aspectos socio-culturales-regionales, donde adquieren ciertas características diferenciadoras, pero que también tienen muchas similitudes, que hacen que los mismos, puedan considerarse como «pueblos con encanto» rurales, singulares, cuyo concepto desarrollado turísticamente podría posibilitar el desarrollo de los mismos, debiendo ser abordado desde el punto de vista Político, social, económico, cultural; donde se incluyan aspectos turísticos que destaquen éstos y otros aspectos rurales, naturales y se interrelacionen a nivel Comarcal, con la Comunidad Autónoma, el resto de comunidades autónomas y la comunidad europea.

Los pueblos de colonización se sitúan en los siguientes Municipios y con los siguientes datos:

*A	Núcleo Matriz (Municipio)	Nombre del pueblo de colonización	Distancia (km) al núcleo matriz	Zona de interés nacional	Apro/ Decreto	Plan Peral	Sup/ Ha	Pob/ Ha	Nº viviendas	Sup/Ha Núcleo matriz	Pob/Ha Núcleo matriz
1	Tauste	<b>Sta. Engracia</b> (Barrio)	6	Bardenas	...	...	3.052	500	122	...	7.000
2	Tauste	<b>Sancho Abarca</b> (Barrio)	7	Bardenas	...	...	5.210	515	180	48.000	7.000
3	Ejea de los Caballeros	<b>Sabinar</b> (Barrio)	14	Bardenas	...	...	4.183	238	165	...	...
4	Ejea de los Caballeros	<b>Valareña</b> (Barrio)	12	Bardenas	...	...	3.942	347	90	...	...
5	Ejea de los Caballeros	<b>Pinsoro</b> (Barrio)	18	Bardenas	...	...	4.081	604	336	...	...
6	Ejea de los Caballeros	<b>Bayo, El</b> (Barrio)	14	Bardenas	...	...	3.566	612	155	...	...
7	Ejea de los Caballeros	<b>Sta. Anastasia</b> (Barrio)	8	Bardenas	...	...	4.271	127	189	...	...
8	Ejea de los Caballeros	<b>Bardenas del Caudillo</b> (Barrio)	8	Bardenas	...	...	2.986	842	200 (202)	...	...
9	Sádaba	<b>Alera</b> (Barrio)	8	Bardenas	19/10/57	12/02/54	2.260	700	108 (110)	13.000	2.900
10	(Catisliscar)	<b>Dehesa del Portillo **B</b>	5	Bardenas	12/07/62 ***			200 ***C	40 ***C		
11	Sos del Rey	<b>Campo Real (V.d.)</b> (Barrio)	8	Bardenas	...	...	...	28	(16)	26.610	1.345

\*A Datos del libro «Régimen Local y la Colonización interior del siglo XX. Autor: Manuel Beato Espejo. Universidad de Extremadura. Cáceres 1990. Página 147 (Situación de los Núcleos dependientes del INC-IRYDA con base al Decreto 2.967/1966 del 20 de Octubre). Lo que esta entre paréntesis es del cuadro Nº 3 (Situación de los Núcleos dependientes del INC-IRYDA, de la Pág.192 del mismo libro.

\*\*B Dehesa del Portillo en el Municipio de Sádaba, fue un pueblo proyectado, pero no construido)

\*\*\*C Datos sacados del Proyecto de Obra.

## **2. Los diversos arquitectos de los pueblos de colonización en las Cinco Villas**

Aunque la construcción de una ciudad no puede entenderse solo como una exclusiva concepción compositiva, siempre deberá ser tratado de una manera multidisciplinar donde interviene la sociología, la cultura, la economía, la política, la arquitectura y el urbanismo, la sostenibilidad medioambiental, etc., etc. Por lo tanto, los retos que se planteen para el desarrollo de los pueblos de colonización u otros rurales, deberán contar con la estrecha relación que poseen con los municipios, con sus comarcas y con la comunidad autónoma a la que pertenecen, con problemas y oportunidades generales, de carácter socio-económico, político, cultural y de otra índole, que se deben interrelacionar. *En este trabajo solo trataremos el tema urbanístico.*

El diseño urbanístico global de cada uno de los pueblos fue realizado por un arquitecto, que también diseñaba las viviendas tipos y los diferentes edificios públicos. *Los arquitectos estaban asesorados por Agrónomos y peritos agrícolas, que establecían las funciones socio-ganaderas, así como también intervinieron Aparejadores.*

Los diversos arquitectos intervinientes, disfrutando de la libertad dentro de los límites de la disciplina visual, la arquitectura y el urbanismo han tratado de responder a determinados encargos y programas, considerando las condiciones específicas del lugar. Por ello; cada uno de los pueblos, posee un toque personal de su autor, aunque sigue un esquema del modelo urbanístico regular, ofrecen cada uno, una peculiaridad, una idea de forma que acepta los límites dictados por las circunstancias, que a veces, le da un toque singular y diferenciador; comprometiéndose con algunas respuestas específicas arquitectónicas y urbanísticas que conforman las soluciones y la diversidad planteada por cada uno de los arquitectos que han intervenido en el diseño de los mismos.

El diseñador-arquitecto-urbanista tuvo el compromiso y la responsabilidad por aquello que hizo, por lo que dentro de los límites de la disciplina visual, arquitectónica-urbanística y con cierta libertad, ha generado una forma. Dicho de otro modo; la presencia de las diversas formas, utilizadas por cada uno de los autores de los diferentes encargos de los pueblos ha sido la garantía de la libertad del diseñador-arquitecto-urbanista, que le da el toque singular y diferenciador. Los arquitectos-urbanistas intervinientes en los pueblos estudiados son:

- 2.1. *D. Antonio Barbany Bailo (1954):* Santa Engracia.
- 2.2. *D. Carlos Sobrini Marín (1954):* Sancho Abarca.
- 2.3. *José Beltrán Navarro (1953-1954):* El Sabinar, Bardenas del Caudillo, Santa Anastasia, El Bayo, Pinsoro, Valareña.



- 2.4. *D. José Borobio Ojeda*: Alera, Dehesa del Portillo (pueblo no construido en el Municipio de Catisliscar) y la Ampliación de Pinsoro.
- 2.5. *D. José Borobio Ojeda y Antonio Barbany Baylo* (En colaboración): Ampliaciones de Valareña, el Bayo, Santa Anastasia, El Sabinar, Bardena del Caudillo, Campo Real y otros (1960).
- 2.6. Otros.

## X. LA ESTRUCTURA URBANA DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN EN LAS CINCO VILLAS

Se describirá el arquitecto y la estructura urbana de cada pueblo de colonización.

### 1. Arquitecto **D. Antonio Barbany Bailo**

#### A) **Santa Engracia**

El Arquitecto que realizó el proyecto de este pueblo fue *D. Antonio Barbany Bailo* en 1954. Podemos observar el plano de conjunto del proyecto y la plaza donde se indica la ubicación de los edificios más importantes:

*Estructura urbana del pueblo*: Su casco urbano responde a la estructura planteada para estos núcleos de colonización de urbanismo regular. Una calle importante con orientación norte sur (cardo) donde se abre la plaza central del pueblo y donde se ubican los edificios más importantes como el Ayuntamiento, el dispensario médico, la vivienda del médico y otras edificaciones que se enfrentan a la plaza, como el Edificio Social y la Hermandad sindical. El primero, con salón (proyección de películas), Bar y vivienda y el segundo con despachos, biblioteca, salón y almacén.



Gráfico 6.1.

Cruza la plaza, otra Calle importante (el decumanus), con dirección este oeste. Al final de la Calle principal siguiendo el eje norte, se sitúa la iglesia como elemento arquitectónico más relevante volumétricamente.

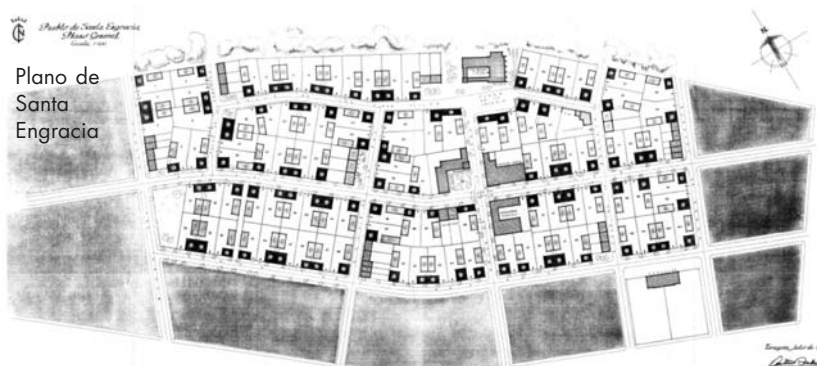


Gráfico 6.2.

El entorno de la plaza y la Iglesia: está catalogado en el P.G.O.U. como conjunto de Interés y como Bien de Interés Cultural Aragonés, «constituye un edificio del siglo XX que se inauguró en 1972, después de realizar unas reparaciones en la misma. Realizado en piedra caliza, es un edificio de estilo modernista, que actualmente posee un nido de las cigüeñas»\* (\*Datos y plano del P.G.O.U. vigente de Tauste.)

## 2. Arquitecto D. Carlos Sobrini Marín

### A) Sancho Abarca

El Arquitecto que realizó el proyecto de este pueblo fue D. *Carlos Sobrini Marín* en 1954.

*Estructura urbana del pueblo:* El pueblo ha sido concebido con una ordenación completamente simétrica en relación a dos ejes que se cruzan en la plaza circular situada en el centro del pueblo. En el eje norte-sur se sitúa la parte representativa del pueblo: Iglesia, plaza (denominada Plaza Mayor), Ayuntamiento, Hermandad Sindical, Edificio Social, Escuela y bloque de artesanos. El eje este-oeste es el que sigue la ordenación de las calles.

Podemos observar el plano de conjunto del proyecto y la plaza donde se indica la ubicación de los edificios más importantes.

El elemento urbanístico más característico es el centro cívico, resuelto como una plaza circular, como centro de gravedad del pueblo, que representa una exposición homogénea de todas las construcciones más importantes presidida por el edificio Administrativo del Ayuntamiento de dos plantas y unos soportales, constituidos por unos porches continuos, también circulares

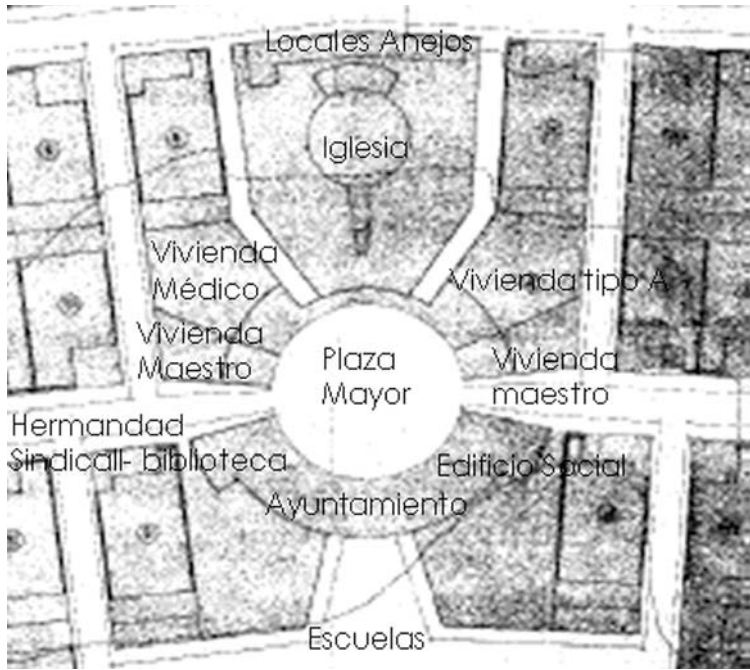


Gráfico 7.1. Plaza cívica Sancho Abarca\*.

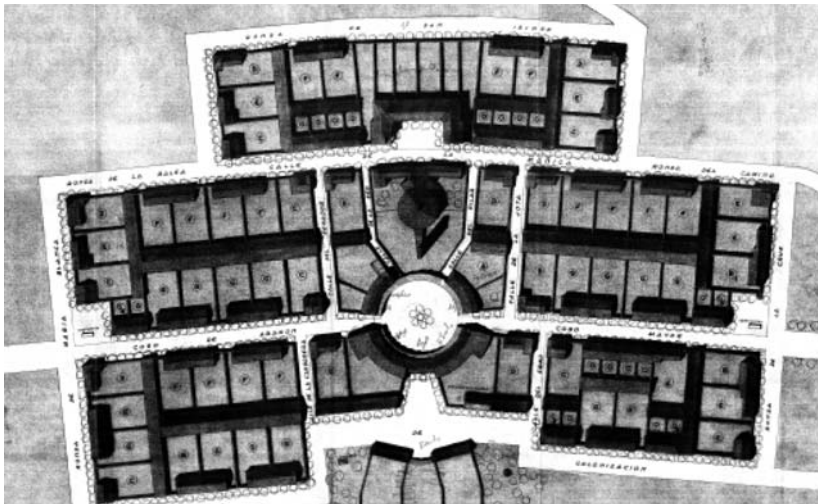


Gráfico 7.2. Plano Sancho Abarca\*.

\* Planos de proyecto del pueblo.

y con bóvedas onduladas que permiten una circulación bajo techo alrededor de la misma. Estas bóvedas onduladas se ven rematadas por la torre del campanario de la Iglesia de gran esbeltez y simplicidad de ladrillo cara vista.

Además del Ayuntamiento y la Iglesia que son los edificios singulares y de mayor relevancia que conforman la plaza circular, también existen otros de relevancia como el Edificio Social, la Hermandad Sindical, dos viviendas de Maestros, una vivienda para el médico y una vivienda de colono, y que poseen una sola planta o dos homogéneamente según los ejes de la plaza y presentan una continuidad de pendientes de faldones, conformadas con teja curva, con sus correspondientes aleros y caballetes.

Coincidiendo con uno de los ejes de la plaza y enfrentado al edificio Administrativo del Ayuntamiento, se abre un hueco que da paso al edificio exento de la iglesia, que a modo de cuña parte la circulación con dos ramas simétricas. Este espacio tiene un gran poder de atracción y ofrece una gran versatilidad para usos comunitarios.

Como edificios complementarios, se sitúan los locales anejos a la iglesia, las escuelas y las viviendas de los artesanos.

### **3. Arquitecto D. José Beltrán Navarro**

En 1953-1954 realizó los proyectos de los seis pueblos de colonización situados en el Término Municipal de Ejea de los Caballeros, que se describen a continuación:

#### **A) El Sabinar**

*Estructura urbana del pueblo:* El casco urbano se asienta sobre la margen derecha del río Riguel. Cerca de las Sierras de Bardenas. La estructura del pueblo posee una disposición concéntrica de calles y manzanas con formas curvas, alrededor del núcleo o conjunto urbano central. En la memoria del proyecto inicial, se describe textualmente lo siguiente: «...Habiéndose ensayado un trazado urbano, en base a calles curvas con lo que se consigue una mayor variedad de perspectivas quitando la rigidez que proporciona la línea recta»

El núcleo central y epicentro del pueblo, lo constituye la plaza «Mayor» que se encuentra rodeada de árboles y es donde se sitúan los edificios con los volúmenes más importantes: la iglesia, la Casa rectoral, con servicios de Acción católica, que se une al edificio continuo de forma semicircular (traza cóncava), que envuelve la plaza, donde se ubica el edificio Administrativo del



Gráfico 8.1. El Sabinar\*\*.

\*P.G.O.U. vigente de Ejea de los Caballeros.

\*\*Plaza Mayor. Plano de Proyecto del pueblo.

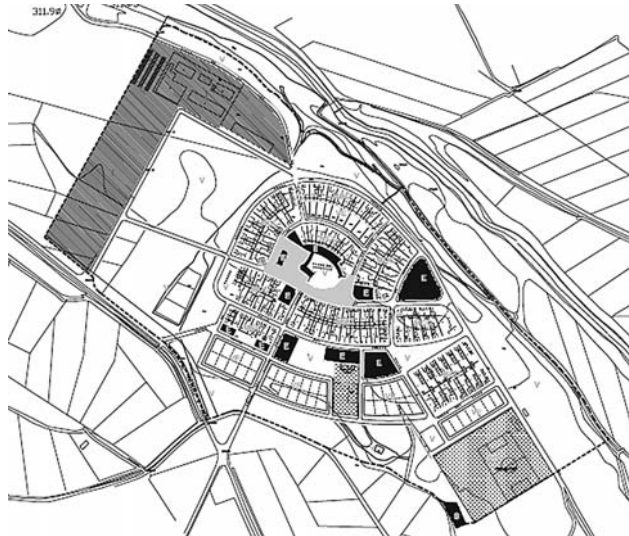


Gráfico 8.2. El Sabinar\*.

Ayuntamiento, el Consultorio médico y la vivienda del médico, las viviendas para dos maestros, la vivienda para un funcionario y para un colono. Posee porches con orientación sur-oeste. Desde allí se va extendiendo con una trama concéntrica alrededor del núcleo, donde se ubican las manzanas con las diferentes tipos de casas de los colonos y el resto de las edificaciones. A unos Km. de distancia del pueblo se ubica el cementerio.

La Plaza «Mayor» está catalogado por el P.G.O.U. como «Conjunto Urbano» ya que este núcleo urbano posee un «gran valor ambiental con edificaciones y jardinería muy cuidadas»\*.

Las viviendas son de tipología pareada, de una o dos alturas, situándose la vivienda en la fachada de la calle, quedando una parte del frente de la parcela ocupada por el portón de acceso de los carros. En el fondo de la parcela, se ubican las dependencias agrícolas que constan de cuadra, pajarahenil, almacén y otros; de dos alturas. Un cuerpo más bajo conecta la vivienda con este cuerpo de dependencias agrícolas. Las esquinas de las manzanas quedan conformadas siempre por las viviendas. Las parcelas poseían alrededor de 400 m<sup>2</sup>. Aproximadamente de superficie. En su construcción inicial; las viviendas de los obreros se agruparon en cuatro lugares diseminados en el pueblo, con objeto de no formar barrio independiente.

La ampliación del pueblo, cuyo proyecto fue realizado por los Arquitectos D. José Borobio Ojeda y D. Antonio Barbany Baylo, se realiza de forma ortogonal. «La Manzana entre las calles del Riguel y del trigo se aparta de este esquema de «almendra» y se plantea como un ensanche de traza ortogonal. La cooperativa en la Calle de Luz, sigue la línea de la traza sobre el Río Riguel»\*.

\*Datos y plano del P.G.O.U. vigente de Ejea de los caballeros.

## **B) Valareña (1954)**

*La estructura urbana del pueblo es en damero, malla ortogonal sencilla dividida en dos mitades.* «El pueblo está construido a ambos lados de la carretera regional ( A-125) que divide al pueblo en dos zonas claramente diferenciadas, usado en los modelos clásicos en núcleos históricos que surgían como travesías de caminos. Éste es un hecho atípico en los trazados de ordenación de la mayoría de los pueblos de colonización, que responden al modelo tangencial de la carretera»\*. Existen franjas arboladas de 60 metros, entre la carretera y los límites edificados que dan fachadas a la carretera; constituyendo un aislamiento de las dos partes del pueblo a la carretera.

Existen por tanto, dos entidades diferenciadas: el pueblo inicial con su primera ampliación y la segunda ampliación al otro lado de la carretera; en una de ellas, la más antigua se encuentra el Centro cívico, que se forma por



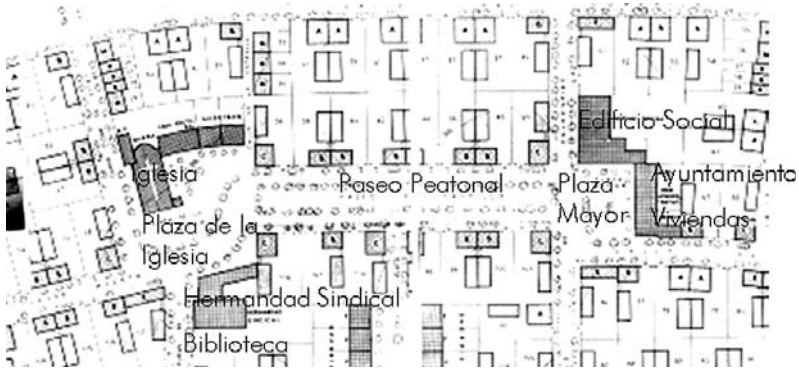


Gráfico 9.1. Plaza Mayor Valareña\*\*.

\*P.G.O.U. vigente de Ejea de los Caballeros.

\*\*Plaza Mayor. Plano de Proyecto del pueblo.

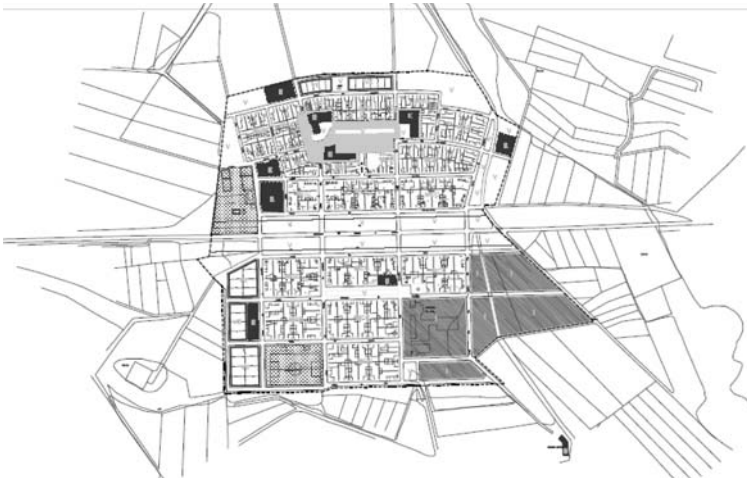


Gráfico 9.2. Plano. Valareña\*.

dos puntos focales: la plaza de la Iglesia donde se ubica la iglesia, la Casa Rectoral, la viviendas de los maestros, la Hermandad Sindical; y la plaza mayor donde se ubica el Edificio Administrativo, donde funciona el Ayuntamiento, la vivienda del médico y el empleado y el Edificio Social, que se encuentran unidos por un bulevar peatonal. Las viviendas de los comerciantes con sus comercios se ubican en una pequeña plaza. Las escuelas se sitúan en la parte sur oeste del pueblo. Las parcelas poseen una superficie aproxi-

mada de 400 m<sup>2</sup>. La vivienda de tipología aislada o pareada, ocupa la porción anterior de la parcela. La plaza Mayor, Plaza de la Iglesia, Ayuntamiento, Iglesia y Paseo peatonal, está catalogado por el P.G.O.U. como «Conjunto Urbano». El «Paseo de la Constitución» también está catalogado.

Las viviendas poseen la misma descripción que el pueblo del Sabinar.

### C) Pinsoro

*La estructura urbana del pueblo:* la trama es mixta combinando trazos curvos en algunos lugares y trazos rectos en otros. El núcleo de distribución del pueblo, parte de la Plaza Mayor, que es amplia, ajardinada y se abre en la confluencia del eje norte-sur (Cardus) con el eje este-oeste (el decumanus) en una de sus esquinas.

Preside y se enfrenta a la plaza, llegando hasta la confluencia de estas dos calles importantes, el edificio administrativo (Ayuntamiento), con las viviendas de maestros, de empleado y del médico con su consultorio. El frente formado por el edificio administrativo y las viviendas de maestros es porticado, quedando los porches con orientación sur. El volumen de esta edificación es de dos alturas.

Cerrando las otras dos esquinas, en estas dos calles importantes, se ubica la iglesia con la Casa Rectoral y el edificio de la Hermandad Sindical.



Gráfico 10.1. Plaza Pinsoro\*\*.

\*P.G.O.U. vigente de Ejea de los Caballeros.

\*\*Plano de Proyecto del pueblo.

Posee un arco muy característico en la plaza, del lado opuesto a la iglesia de torre cuadrada.

El pueblo se ha realizado por fases. «El núcleo central corresponde a la primera fase, el núcleo norte a la segunda fase y el núcleo sur a la tercera...».

Se compone de «tres agrupaciones de manzanas de viviendas separadas entre ellas con masas de bosquetes. Estos cortes en la trama urbana, heredados del planeamiento inicial, han evolucionado produciéndose nuevas manzanas intercaladas que tienden a unir al conjunto. Actualmente es un núcleo dinámico y con más población (1.000 habi-



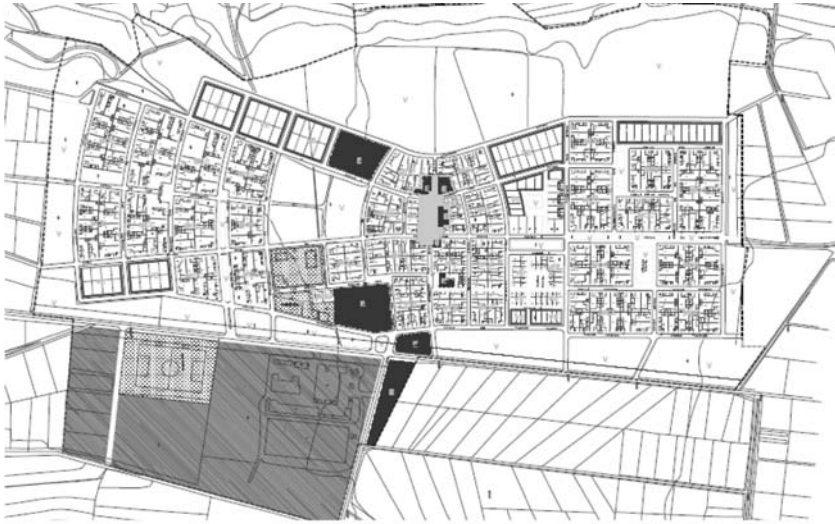


Gráfico 10.2. Plano Pinsoro\*.

tantes) con construcción nueva y rehabilitación que lo consolidan como un núcleo clave en el esquema territorial del municipio. Sin embargo existen viviendas desocupadas, otras en mal estado y solares que no se han construido.

La plaza Mayor formado por la Iglesia, los dos edificios laterales y el arco de acceso a la Plaza; está catalogado por el P.G.O.U. como «Conjunto Urbano».

Las parcelas poseen una superficie aproximada de 400 m<sup>2</sup>. La vivienda de tipología aislada o pareada, igual a las planteadas en los pueblos anteriores.

#### **D) El Bayo**

*La estructura urbana del pueblo es en damero, malla ortogonal sencilla, ordenación inicialmente simétrica y muy ordenada con un espacio central conformado por la Plaza, donde se ubican los edificios más importantes: Edificio de la Administración, consultorio médico con su vivienda, la vivienda del empleado administrativo, el edificio Social y la Hermandad Sindical. El edificio de la administración y las viviendas descritas poseen pórticos. La iglesia se ubica en el lado izquierdo de la plaza. Entre este edificio y la Iglesia existe un arco de enlace.*

Posee un bulevar que parte de la carretera como eje de penetración al pueblo hasta llegar hasta el edificio de la Iglesia, que es la parte más alta. La ampliación se desarrolla por la parte sureste del pueblo.

Paralelo y perpendicular al bulevar, se proyectan varias calles, que forman una serie de manzanas perfectamente regulares.

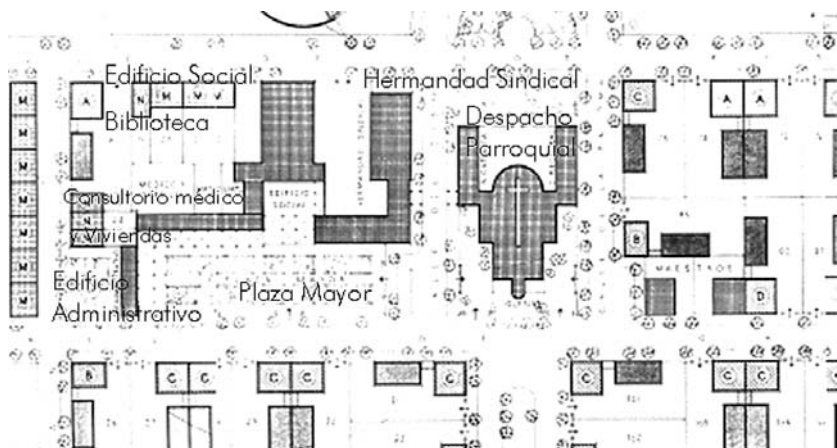


Gráfico 11.1. Plaza. El Bayo\*.

\*Planos de Proyecto del pueblo.

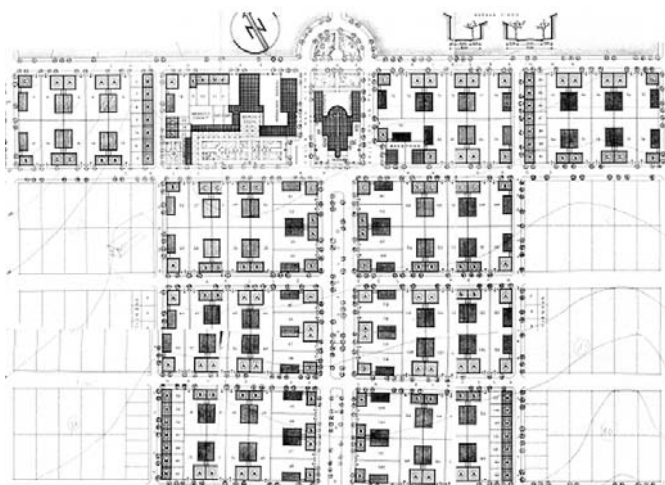


Gráfico 11.2. Plano El Bayo\*.

El pinar cerca de la carretera, diversos equipamientos, incluido la balsa situada en el acceso hacia el pueblo constituyen una barrera entre la carretera y el pueblo, que se valora como el elemento de mayor valor ambiental

La Plaza Mayor que incluye el Arco y la Iglesia, está Catalogada por el P.G.O.U. como «Conjunto Urbano».

Las parcelas poseen una superficie aproximada de 400 m<sup>2</sup>. La vivienda de tipología aislada o pareada, igual a las planteadas en los pueblos anteriores.

La vivienda de los obreros tiene tan solo un pequeño corral sin entrada de carros.

### E) Santa Anastasia

*Estructura urbana del pueblo:* En damero, malla sencilla con un espacio central, donde parte el trazado y donde se ubican los edificios más importantes: la iglesia con la casa rectoral, las viviendas del médico y maestros, el edificio de la administración con la vivienda del funcionario. El frente formado por las viviendas y el edificio de la administración, es porticado y orientado al Sur-Este, quedando la plaza protegida de los vientos dominantes del Nor-Oeste. Cuando se realiza la ampliación se deja una zona de pinares entre ellos. La edificación, urbanización y jardinería se encuentra en muy buen estado de conservación y mantenimiento, no existen viviendas desocupadas o deterioradas.



Gráfico 12.1. Plaza Mayor Santa Anastasia\*\*.

\*P.G.O.U. vigente de Ejea de los Caballeros.

\*\*Plano de Proyecto del pueblo.



Gráfico 12.2. Plano Santa Anastasia\*.

El poblado de colonización se ha realizado en dos fases, por lo que los pobladores diferencian pueblo arriba y pueblo abajo. Existe una superficie importante de bosquetes, que se encuentran en buen estado de conservación y mantenimiento y tienen un carácter «exterior» al pueblo. Se utiliza poco excepto el situado entre los dos barrios que tiene un carácter más central.

La plaza de la Iglesia está catalogada por el P.G.O.U. como «Conjunto Urbano».

## F) Bardenas del Caudillo

*Estructura urbana del pueblo:* «Está dividido en dos zonas claramente diferenciadas por la carretera de rango comarcal, que enlaza los poblados de colonización (Pinsoro, El Bayo, Bardena, etc.) con la A-127 regional (A-125). La misma posee un escaso tráfico y se encuentra en muy mal estado de conservación y mantenimiento».\*

«Este modelo inicial usado está enmarcado en los modelos tangencial en puntos con la carretera, con las ampliaciones (fases en las que se ha construido el pueblo) se ha transformado en pueblo a ambos lados de la carretera como los modelos clásicos de núcleos históricos que surgían a ambos lados de las travesías de los caminos»\*.

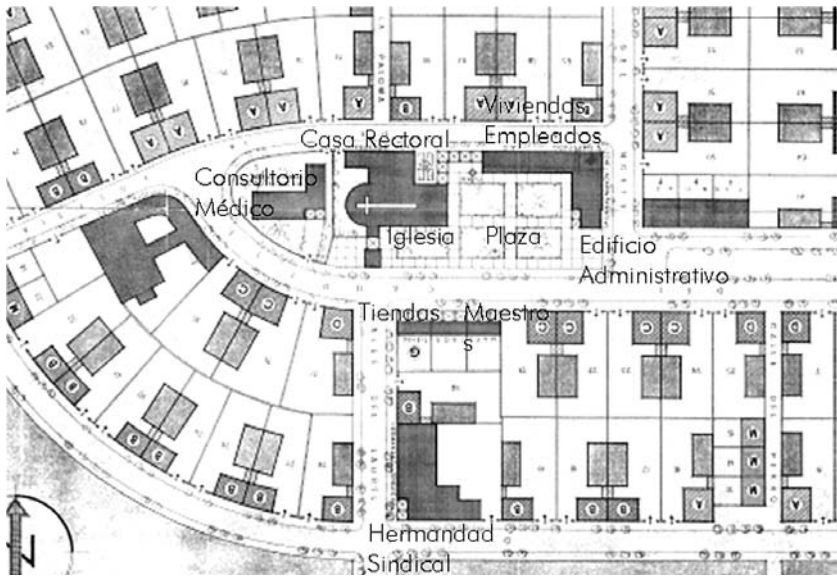


Gráfico 13.1. Plaza Mayor Bardenas del Caudillo\*\*.

\*P.G.O.U. vigente de Ejea de los Caballeros.

\*\*Plano de Proyecto.



Gráfico 13.2. Plano Bardenas del Caudillo\*.

La plaza de la Iglesia, la casa del Médico, el antiguo Ayuntamiento y el Arco está catalogada por el P.G.O.U. como «Conjunto Urbano».

\*P.G.O.U. Vigente de Ejea de los Caballeros.

«La trama urbana ha sido concebida en tres fases:

- 1) Zona Norte: Fase I: Pueblo de colonización.
- 2) Zona Sur: Fase II. Pueblo nuevo de colonización.
- 3) Fase Sur. Fase III. Cooperativa VPO Virgen Bardena, Construida en 1982 (7 manzanas al sur y al oeste del pueblo)»\*.

El núcleo formado en la segunda fase de ampliación del pueblo es ortogonal y según memoria de Proyecto de ampliación redactada por José Borobio Ojeda y Antonio Barbany Bailo; se sitúa al lado «sur de la carretera que enlaza los pueblos de colonización, donde quedaban una serie de pinares entre ambos núcleos, en la que se sitúan los hogares rurales y las viviendas de maestros. Se ha estudiado este emplazamiento ante la dificultad de colocar las nuevas viviendas formando conjunto con las actuales, lo que hubiera supuesto la eliminación del bosque que rodea casi por completo al pueblo... el efecto estético del pueblo rodeado de bosquetes; por esa zona verde es verdaderamente agradable».

#### **4. Otros arquitectos**

##### **A) Alera**

El Arquitecto *D. José Borobio Ojeda*: realizó el proyecto de Alera y las Ampliaciones de Pínsoro y el Bayo en colaboración con D. Antonio Barbany Baylo.

*Estructura urbana del Pueblo:* Su casco urbano responde a la estructura planteada para estos núcleos de colonización de urbanismo con trama mixta, ortogonal con tramos curvos. Calles rectas paralelas cortadas por otras perpendiculares generando un plano en damero completado con una sencilla Iglesia parroquial y zonas ajardinadas. Los servicios se abren en una plaza central donde también se sitúa la parroquia.

Las manzanas se configuran con viviendas de un solo acceso.

El 42% de la edificación está construida en dos alturas, y el 58% restante es de una sola altura. El número total de viviendas es de 110.

La estructura de la edificación está pensada como vivienda agraria, disponiéndose de espacios interiores para la guarda de aperos y útiles, y teniendo la edificación un pequeño porcentaje de ocupación sobre el total de la parcela.





Gráfico 14. Vista aérea de satélite. Alera.

Los Arquitectos D. Antonio Barbany Bailo y D. José Borobio Ojeda: realizaron la ampliación del pueblo que consistió en construir la escuela, una vivienda para maestros y 2 viviendas para obreros en el año de 1961.

## **B) Campo Real**

*Estructura urbana del Pueblo:* Estructura de trama regular, con edificaciones sencillas. Los materiales empleados en las viviendas en los revestimientos de los muros son: cara vista de piedra y/o enlucido. Las cubiertas inclinadas de teja curva montadas con barro sobre tablero de rasilla.

En el informe del proyecto primitivo realizado por el servicio de Arquitectura del Ministerio de Agricultura dice textualmente «En el informe del proyecto primitivo que dio este servicio, se expresaba el criterio, de que sería



Gráfico 15.1. Plaza de Campo Real.

\*Vista aérea Sig-Pac.

\*\*P.G.O.U. Sos del Rey Católico.



Gráfico 15.2. Vista aérea de satélite de Campo Real.



más conveniente adoptar el sistema de viviendas diseminadas en las parcelas, en lugar de núcleos constituidos por tan reducido número de viviendas y carentes de las asistencias debidas. La construcción de los edificios planteados en la ampliación, vienen a aliviar el problema de esta asistencia, por dotárseles de Iglesia, Escuela, Edificio de la Administración, hermandad Sindical, etc. Sin embargo estimamos que el trazado impuesto por el primitivo proyecto para tan reducido número de edificaciones, supone un encarecimiento notable por su excesiva urbanización. Este mismo inconveniente se manifiesta en el actual proyecto, especialmente en algunos de los núcleos, como el de Campo real, que es desproporcionado el presupuesto de urbanización con relación con los edificios...».

El proyecto de la ampliación de Campo Real fue realizada por D. José Borobio Ojeda y Antonio Barbany Baylo.

## **XI. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN ESTUDIADOS**

1. Normalmente se elegía el sitio para la ubicación de los pueblos de colonización en base a las condiciones más favorables y que tuvieran alguna carretera de comunicación o el cruce de las mismas, o se construyeron algunas carreteras específicas para dar servicio a los mismos, algunas después que el pueblo estuviera habitado.
2. Se eligieron núcleos urbanos concentrados.
3. Se ubicaron aproximadamente en el centro del área de cultivo que le correspondía y en zonas elevadas para facilitar el drenaje y la ventilación.
4. Los proyectos estaban pensados con la finalidad de racionalizar el máximo de espacio:
  - La trama urbana usada fue generalmente la regular: alrededor de la plaza se conforma la cuadrícula simple de manzanas, que forma una estructura parcelaria regular con unos ejes de ordenación simétrica ( Valareña, Santa Engracia, Campo real, el Bayo) aunque existen algunas excepciones donde existe una distribución concéntrica con calles curvas alrededor de la plaza principal (El Sabinar), una trama ortogonal simple que parte de una plaza circular (Sancho Abarca,) tramos ortogonales combinados con tramos curvos (Alera, Santa Anastasia y Bardenas del Caudillo, Pinsoro).

- La distribución de los espacios de los distintos tipos de viviendas.
  - La ubicación de los edificios públicos y de relevancia política-administrativa-social (Ayuntamiento, centro ), religiosa (Iglesia) y las viviendas más importantes.
5. Inexistencia de infraestructuras, equipamientos, servicios, vías de comunicaciones, y otros, cuando los colonos habitaron algunos de estos pueblos, y se han ido mejorando a través del tiempo.
  6. Actualmente existe una obsolescencia de las edificaciones o inexistencia de equipamientos, servicios. En algunos de pueblos se necesita su incorporación inmediata para impulsar el desarrollo de estos pueblos.
  7. La tipología de las viviendas normalmente corresponden a edificaciones principales para las viviendas unifamiliares con edificaciones secundarias para uso agrícola aisladas o adosadas con una o dos alturas máximas. La ocupación de las parcelas originariamente era del 50% edificado.
  8. Tipología de Edificios Públicos (Ayuntamientos, Iglesias, centros sociales, Hermandad Sindical, etc.) con diferentes soluciones en: la Implantación en los Centros Cívicos, el Volumen, la Forma y los Diversos materiales.
  9. La iglesia es el elemento volumétrico más importante que sobresale en forma, volumen y altura con relación a otras edificaciones, encontrándose exenta con relación a otros edificios de la plaza, o unidas a través de un arco (El Bayo) o interrupción del porche con bóvedas onduladas que permite la circulación peatonal bajo techo (Sancho Abarca).
  10. Tipologías de Viviendas con volúmenes simples y materiales como la teja curva, el ladrillo encalado en blanco, de piedra u otros, en contraposición con edificaciones donde se plantean densidades mayores.
  11. Se utiliza la vivienda como unidad de producción y aparecen diferentes viviendas y tipos: Colonos (con diferentes dimensiones), artesanos y obreros (generalmente con iguales dimensiones). Existe diferencia entre la vivienda como unidad de producción cuando se crearon los pueblos y el papel que deben jugar en nuestro tiempo.
  12. Los programas de viviendas han resultado insuficientes, por lo que se han producido ampliaciones, a veces realizado de manera ilegal, sin los permisos correspondientes. Algunas parcelas sobrepasan sobradamente el 50% edificado, en la actualidad.
  13. Existe una degradación estética actual presentando en algunos casos específicos porque los materiales empleados no siempre fueron de

buena calidad y actualmente en algunos de los pueblos se nota que no posee un adecuado mantenimiento en todas las viviendas.

14. En todos los pueblos estudiados se observa los bosquetes en el perímetro: Santa Engracia, Sancho Abarca, El Sabinar, Valareña, Pinsoro, El Bayo, Santa Anastasia, Bardenas, Alera, Campo Real. Los bosquetes en su perímetro se utilizó como una estrategia planimétrica con relación a la terminación de los bordes al concebir una masa forestal. Por ejemplo encontramos que en Sancho Abarca en su perímetro oeste posee 250 m. de profundidad de bosquetes. los otros perímetros están entre 25 y 100 m. de profundidad. Las funciones de los bosquetes en la fase inicial de su creación fueron: proteger al Pueblo de las inclemencias del viento, dotar al Pueblo de un sombramiento para combatir el intenso calor en verano propio de las Bardenas, separar a los pueblos de los cultivos circundantes.
15. Bulevares:
  - 15.1. En *Bardenas del Caudillo* y *Santa Anastasia*: parte de la carretera y llega hasta el centro cívico donde se ubica la iglesia.
  - 15.2. En Valareña: que se encuentra dentro del centro cívico y une dos puntos focales del pueblo: El ayuntamiento y el cine con la Iglesia y el edificio Social.
16. Caminos de acceso: son generalmente tangenciales a los pueblos a excepción de los pueblos de Valareña, Bardenas del Caudillo y Pinsoro, que cuando se han ampliado lo han hecho al otro lado de la carretera.
17. Como ventaja se puede decir:
  - 17.1. Que la calidad de vida es diferente en los pueblos de colonización, ya que las condiciones físico-espaciales (el trazado de las ciudades y su estética, las pautas del usos de la tierra, la densidad de población y de edificación) y ambientales son más favorables, sin estudiar el aspecto social o económico ni tampoco se está cuantificando la existencia de todos los equipamientos básicos, servicios, infraestructuras, así como el fácil acceso a los servicios públicos, que se sale del alcance de este trabajo.
  - 17.2. Al tener una población reducida, se pueden enumerar: las condiciones de bienestar, la cohesión social, menores índices de conflictividad y marginalidad; establecer usos gratos para el uso y el disfrute de los pueblos de colonización. La pequeña escala, que permite cierta flexibilidad, y que disminuye el riesgo

del planteamiento, puede ser el desencadenante de una actividad que trasciende la frontera de su propio ámbito, buscando la potenciación de los tejidos existentes e intensificando la cooperación social e institucional y entre los agentes promotores de diversos sectores, encontrándose el sector turístico, entre ellos.

**XII. OTROS PUEBLOS RURALES CERCANOS A LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN MENCIONADOS QUE SE PUEDEN INCORPORAR AL ITINERARIO PLANTEADO O A OTROS**

*	Nombre de los otros pueblos	Municipio
1	Malpica de Arba	Ejea de los Caballeros
2	Fardués	Ejea de los Caballeros
3	Rivas	Ejea de los Caballeros
4	Catisliscar	Catisliscar

**XIII. OTROS PUEBLOS RURALES EN LAS CINCO VILLAS: QUE SE PUEDEN INCORPORAR AL ITINERARIO O A OTROS**

Nº	Pueblos	Nº	Pueblos
1	Ardisa	10	Marracos
2	Asín	11	Orés
3	Biota	12	Las Pedrosas
4	Castejón de Valdejasa	13	Piedratajada
5	Erla	14	Salto del Lobo
6	Layana	15	Puendeluna
7	Lacorvilla	16	Sierra de Luna
8	Luna	17	Valpalmas
9	Casa de Esper	18	Otros

#### XIV. OTROS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN Y PUEBLOS RURALES EN ZARAGOZA

Así mismo en la Comunidad Autónoma existen otros pueblos de colonización y otros pueblos rurales, que pueden también tomarse en cuenta.

##### 1. Zona de la Joyosa; Monegros y Sobradriel, en Zaragoza\*

*A	Núcleo Matriz (Municipio)	Nombre del pueblo de colonización	Distancia (km) al núcleo matriz	Zona de interés nacional	Apro/ Decreto	Plan Peral	Sup/ Ha	Pob/ Ha	Nº viviendas	Sup/Ha Núcleo matriz	Pob/Ha Núcleo matriz
	La Joyosa	La Joyosa y Morlofa F. (Barrio)	3	La Joyosa y Morlofa F.	...	...	...	176	48	640	459
	Zuera	Ontinar de Salz E.L.M.	9	Monegros	...	...	...	582	123	33.376	5.246
	Zuera	Puilato (Barrio)	10	Monegros	...	...	896	180	45	...	...
	Zuera	Zuera (V.D.) (Barrio)		Monegros	...	...	...	...	6	...	...
	Sobradriel, Amp.	Sobradriel (Barrio)		Sobradriel, F.					62	1.210	609

Datos del libro «Régimen Local y la Colonización interior del siglo XX. Autor: Manuel Beato Espejo. Universidad de Extremadura. Cáceres 1990. Página 147.

## XV. OTROS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN EN HUESCA\*

*A	Núcleo Matriz (Municipio)	Nombre del pueblo de colonización	Distancia (km) al núcleo	Zona de interés nacional	Sup/Ha	Pob/Ha	Nº viviendas	Sup/Ha Núcleo matriz	Pob/Ha Núcleo matriz
1	Almudévar	Altozona del Llano	4	Monearos-Flumen	1.342	200	51	20.119	3.173
2	Opoloñino	Cantalobos	6,5	Monegros-Flumen	1.900	180	57	3.494	480
3	Sariñena	Cartuja de Monegros	13	Monegros-Flumen	2.638	1.005	185 (200)	2.638	18.462
4	Grañén	Curbez (Curbe)	6	Monegros-Flumen	1.790	404	88	11.778	1.794
5	Almuniente	Frula	6	Monegros-Flumen	1.809	550	110	3.742	508
6	Grañén	Montesusin	3	Monegros-Flumen	3.651	536	110	...	:
7	La Naja	Orillena (Grillena)	5	Monegros-Flumen	1.638	457	110	18.156	1980
8	Almudévar	S. Jorge	8	Monegros-Flumen	1.424	277	52 (58)	...	...
9	Sariñena	S. Juan de Flumen	8	Monegros-Flumen	2.798	1.065	213	...	...
10	Grañén	S. Lorenzo del Flumen	17	Monegros-Flumen	3.185	421	159	...	...
11	Grañén	Sodeto	12	Monegros-Flumen	1.840	450	98 (108)	...	...
12	Gurrea del Gállego	El Temple (del Caudillo)	4	Monegros-Flumen	1.535	623	143	19.280	2.282
13	Torres de Bardúes	Valfonda de Santa Ana	5	Monegros-Flumen	1.323	500	102	1.400	554
14	Almudévar	Valsalada	7	Monegros-Flumen	1.356	213	63	...	...
15	Esplús	Vencillón	12	Vencillón, F	1.284	574	124	8.350	1.527

Datos del libro «Régimen Local y la Colonización interior del siglo XX. Autor: Manuel Beato Espejo. Universidad de Extremadura. Cáceres 1990. Página 142-143.

## XVI. EN TERUEL\* ENCONTRAMOS DOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN CUYO NÚCLEO MATRIZ ES ALCAÑIZ

*A	Núcleo Matriz (Municipio)	Nombre del pueblo de colonización	Distancia (km) al núcleo matriz	Zona de interés nacional	Apro/ Decreto	Plan Peral	Sup/ Ha	Pob/ Ha	Nº viviendas	Sup/Ha Núcleo matriz	Pob/Ha Núcleo matriz
1	Alcañiz	Puigmoreno (Barrio)	15	Valmuel	2-03-1.51	14-12-51	1.364	561	83	52.305	10.352
2	Alcañiz	Valmuel del Caudillo (Barrio)	10	Valmuel	:	...	1.667	265	88	...	...

Datos del libro «Régimen Local y la Colonización interior del siglo XX. Autor: Manuel Beato Espejo. Universidad de Extremadura. Cáceres 1990. Página 146.

**XVII. OTROS PUEBLOS RURALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**

1	Lorbés
2	Asso-Veral
3	Pintano
4	Morán
5	Concilio
6	Torres de Montecierzo
7	Tórtoles
8	Cunchillos
9	Oitura
10	Morlofa
11	Berbedel
12	Rodén
13	Viver de la Sierra
14	Purroy
15	Embid de la Rivera
16	Huérmeda
17	Aluenda
18	Inogés
19	Granja de San pedro
20	Torres
21	LLumes

**XVIII. CONDICIONES NECESARIAS PARA IMPULSAR EL ITINERARIO TURÍSTICO PROPUESTO EN LOS PUEBLOS DE COLONIZACIÓN DE LAS CINCO VILLAS**

Para impulsar este proyecto es necesario:

1. La recuperación de los pueblos, en general, mejora en sus edificaciones, sus instalaciones, su infraestructura, sus equipamientos, servicios, instalaciones, así como las telecomunicaciones u otras.
2. Desarrollo y mejora de la Red Viaria y la Red de Alojamiento.

3. Mejora y fomento de políticas para la diversificación económica.
4. Creación de una estructura empresarial sólida.
5. Llevar a cabo diversas propuestas agrarias (por ejemplo: productos, pautas de calidad) ligadas a las turísticas, al transporte y accesibilidad y a las anteriores aspectos incluidos en un programa comunitarios de política y actuación con el medio ambiente y el desarrollo sostenible.
6. Crear programas y actividades mediante acciones de catalogación, promoción y difusión, que permita una mayor divulgación exterior de los recursos y consolidación de segmentos emergentes de la demanda, para que se produzca el desarrollo de la Economía Rural, con proyectos de carácter local, que contribuyan de forma significativa al desarrollo integrado del espacio rural, tomando como base las potencialidades y recursos endógenos locales, y los grupos de acción local para la realización de las iniciativas, para consolidar las bases económicas locales y el desarrollo estable y duradero. Las mejoras materiales han de ir acompañadas con la calidad de los servicios ofrecidos y los atractivos de diversa índole mencionados, con la necesaria trascendencia social y económica para que, la competitividad de los territorios y la calidad de vida de las gentes que allí viven no den lugar a conflictos, ni acrecientes las desigualdades espaciales.
7. Frenar el éxodo demográfico y mantener las perspectivas económicas y diversificar las fuentes de ingreso en las familias rurales, recurriendo a métodos productivos que pongan en valor sus propios recursos endógenos.
8. Evitar la despoblación de estos pueblos es fundamental; por lo que se deberá cambiar el enfoque actual, para que la población se afiance y se fije. La despoblación o escaso crecimiento de los mismos, hace que en estos pueblos exista una población activa cada vez menor y ésta limita las posibilidades de desarrollo del sistema urbano y supone una dificultad para la aparición de actividades económicas de alto nivel, para la aparición de actividades productivas, atracción de inversiones, de disponibilidad de recursos públicos para desarrollar las infraestructuras y servicios que demanda, así como los procesos de innovación.
9. Crear un plan estratégico con una gestión eficiente del mismo con su difusión, que deberá ir acompañada de una señalización turística de calidad.
10. Creación de Centros de interpretación de los pueblos.



11. Interrelación de los pueblos con los Municipios a los que pertenecen, a las Comarcas, Región y Autonomías.
12. Voluntad, apoyo y gran impulso desde las administraciones públicas, las Instituciones y las asociaciones y que contribuyan a llevar a cabo este proyecto aportando el presupuesto adecuado para su desarrollo e implantación. Políticas y voluntades a través de Inversiones, que posibiliten la revitalización de los tejidos urbanos existentes y de actividades (sociales, culturales, institucionales, económicas), sumados a participación ciudadana y de las instituciones, potenciación de las actividades como motor de cambio (y desarrollo del tejido). A la mejora de unas infraestructuras y comunicaciones, o a la creación de otras nuevas. El desarrollo de los recursos locales, ligados a otros elementos naturales y del paisaje y de otras ciudades y pueblos que tengan atractivos históricos o para que se potencie lo rural frente a lo urbano.

### **XIX. ORGANISMOS Y OTRAS ENTIDADES DE DINAMIZACIÓN EN ARAGÓN Y LAS CINCO VILLAS QUE PODRÍAN CONTRIBUIR AL IMPULSO DEL ITINERARIO TURÍSTICO PROPUESTO**

1. Actualmente, la Diputación General de Zaragoza para dinamizar el progreso de todo el territorio provincial y construir un Aragón equilibrado ha creado en Mayo de 2005, el Organismo denominado *Zaragoza, Cuarto Espacio* (Zaragoza, Huesca y Teruel constituyen los tres espacios de desarrollos en este orden) con importantes consignaciones presupuestarias (que para el año 2006, estuvieron en torno a 681.000 euros, para activar iniciativas y proyectos), para identificar el espacio geográfico diferenciado del progreso, que se vive en Zaragoza Capital, ese espacio en retroceso, desenfocadamente valorado en la estadística oficial, y está en buena medida en peor condición que ciudades y territorios de otras provincias de España consideradas como deprimidos, y que necesitan una atención política específica para impulsar un nuevo modelo eficaz y sostenible a descubrir y activar potencialidades y oportunidades de ese *cuarto espacio provincial* que enlazadas con las generadas por nuestra capital, determinaran una provincia más pujante y equilibrada. Como el organismo, de «Zaragoza Cuarto espacio» se concibe como laboratorio de ideas, iniciativas y proyectos, así como observatorio de los nuevos modos de gestión y de las ayudas y oportunidades que se producen a escala regional, española y europea, se puede incentivar a partir de este

trabajo, el desarrollo de estos pueblos *que median entre lo rural y lo urbano*; palanca de alternativas al modelo tradicional de desarrollo rural, e impulso de nuevas visiones para la agricultura, las ciudades medias, los servicios supramunicipales y la puesta en valor de sus recursos endógenos, especialmente turísticos, patrimoniales, culturales y medioambientales. Podrá encontrar ayudas y oportunidades, para programas europeos, estatales y autonómicos para impulsar e incentivar las ideas planteadas, debiéndose presentar al Concejo asesor o consultivo.

2. Existen también *Asociaciones para el desarrollo del Turismo en las Cinco Villas* como ADEFO Cinco Villas y nace de la iniciativa de un grupo de empresarios turísticos interesados en el desarrollo y la promoción turística de la Comarca.
3. Existe el *Plan de Dinamización de las Cinco Villas*, aprobado contará con una inversión, entre pública y privada, que ascenderá a *6,7 millones de euros*. El dinero público se repartirá a partes iguales entre la comarca, la Diputación General de Aragón y el gobierno central. Esta cantidad se repartirá entre recursos turísticos, publicidad, formación empresarial, guías turísticos y la gestión del propio plan.
4. Se está elaborando un *Plan de desarrollo estratégico de los pueblos de colonización*: para poder presentarlo en 2009 para la celebración del 50 aniversario de su creación, donde sería una buena oportunidad para desarrollar este proyecto.
5. Con ayuda de todos se puede hacer realidad esta propuesta que puede impulsar y dinamizar el desarrollo de estos pueblos de colonización.

# **ESTUDIOS TURÍSTICOS**

# **SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TURISMO**

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA: EL PAPEL DE LOS ENTES PÚBLICOS TERRITORIALES: ESPECIAL REFERENCIA AL ESTADO Y A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.— III. LOS ENTES LOCALES Y EL TURISMO.— IV. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL.— V. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA TURÍSTICA.— VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* En este artículo se analiza el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de turismo. En concreto, se analiza la incidencia de la competencia exclusiva del Estado en materia de planificación y dirección de la actividad económica general en sus relaciones con la competencia exclusiva autonómica en materia de turismo. Igualmente, se estudia la gestión territorializada de las subvenciones en materia turística y la posición jurídica de las Comunidades Autónomas.

*Palabras clave:* Estado; Comunidades Autónomas; turismo; subvenciones.

*ABSTRACT:* In this article, the system of delegating authority between the State and the Autonomous Communities in matters concerning tourism is analyzed. Specifically the incidence of exclusive authority over the State on planning issues and management of general economic activity in the relationship with the exclusive autonomous authority on tourism issues is analyzed. Likewise the territorial management of the subsidies dealing with tourism issues and the legal position of the Autonomous Communities is studied.

*Key words:* State; Autonomous Communities; tourism; subsidies.

## **I. INTRODUCCIÓN**

España es un país eminentemente turístico. Lo ha sido en el pasado, lo es en el presente, y seguramente lo seguirá siendo en el futuro. Es más, tradicionalmente, gracias a los ingresos procedentes del turismo, la balanza comercial ha estado en situación de razonable equilibrio y la situación económica del país ha sido positiva durante largos años.

España es una nación que, por su geografía, por su clima, por su historia y por su gente, tiene unas grandes condiciones para que la actividad turística se encuentre en un grado de desarrollo y madurez alto. Si a eso sumamos que el modelo de Estado compuesto definido en la Constitución de 1978 deja en manos de los Entes territoriales: Comunidades Autónomas y Entes locales, la ordenación y promoción del turismo en el territorio correspondiente, nos encontramos ante una intensa actividad de los poderes públicos. Fomento, servicio y policía conviven y coexisten en la materia demostrando que la acción administrativa despliega en el mundo del turismo toda su potencia y toda su capacidad al servicio objetivo del interés general.

En efecto, el turismo es hoy, más que nunca, un concepto plural, multidisciplinar, que va más allá de los intereses individuales y que, por ello, ha tenido que ser objeto de regulación por los poderes públicos para ordenar una actividad de naturaleza asociada a millones de personas de todo el mundo, que mueve muchos millones de euros y que tiene tras de sí una potente industria con todo lo que eso supone de creación de empresas y puestos de trabajo.

El turismo constituye una actividad plural porque admite muchos enfoques, muchas dimensiones, tiene diferentes aspectos: jurídicos, económicos, sociológicos, geográficos, meteorológicos o incluso dietéticos o gastronómicos. Además, desde el punto de vista jurídico, que es el que nos interesa en este momento, el turismo puede ser objeto de estudio para el Derecho Público y también para el Derecho Privado. Para el Derecho Público porque los poderes públicos, dada la trascendencia supraindividual de este fenómeno socioeconómico, han tenido que hacerse presentes para regularla al servicio objetivo del interés general. Y para el Derecho Privado, porque las relaciones jurídicas que se producen en el marco de las instalaciones y establecimientos hoteleros son de orden mercantil.

En el contexto del Derecho Público, que es la materia desde la que se realizan estas consideraciones, se ha discutido sobre si el Derecho Turístico debería disfrutar de autonomía o si, por el contrario, debería entenderse como una parte del Derecho Administrativo parte especial. Así es, normalmente el Derecho Administrativo Turístico, que es como se conoce en España, se encuentra en el programa de Derecho Administrativo en la parte especial, que es la parte dedicada a los diferentes sectores del Derecho Administrativo Económico. La principal razón que nos anima a considerar a esta reflexión, reside en la constatación de que en el mundo del turismo, la trilogía de la que hablaba Jordana de Pozas: policía, fomento y servicio público, se da de manera perfecta y armónica. Es más, puede decirse sin temor a incurrir en error que en ningún sector como en el turismo se produce de una manera tan

razonable y equilibrada el juego del conjunto de instituciones y potestades que caracterizan el Derecho Administrativo mismo.

En nuestro tiempo, es obvia la creciente importancia del turismo como fenómeno económico y social. Por eso, Estado, Comunidades Autónomas, Entes locales y Unión Europea juegan un importante papel y tienen mucho que decir. Por eso, es menester diseñar sistemas de cooperación eficaces entre las diferentes Administraciones públicas con competencias en el sector, que son las cuatro, que permitan una administración y gestión del turismo al servicio objetivo del interés general. De ahí que dediquemos un capítulo específico de este trabajo a poner de relieve, también desde la perspectiva filosófica, la relevancia de la cooperación como esquema de relación entre los diferentes Entes territoriales con competencias en la materia.

Hoy en día el turismo se ha convertido en un auténtico fenómeno de masas con evidentes implicaciones en todos los ámbitos de la vida, especialmente en el económico y social. De hecho, la valoración del fenómeno turístico puede abarcar muy diversos aspectos que van desde el puramente cultural hasta el estrictamente económico. Esa es la razón, como veremos más adelante, de que, en efecto, sobre el turismo coincidan toda una serie de títulos competenciales del Estado que limitan de alguna manera la declaración de exclusividad que los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas dedican a la competencia de turismo.

El Tribunal Supremo ha entendido, sentencia de 22 de octubre de 2001, que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de turismo al amparo del artículo 148.1.18 de la Constitución. En el caso de Illes Balears, Comunidad archipelágica de gran dimensión turística, el Estatuto de Autonomía (art. 10.9), de acuerdo con la previsión constitucional establecida en el citado artículo, la asumió con el carácter de exclusiva. Pues bien, la referencia del artículo 148.1.18 es, para más señas, la única referencia explícita que la Constitución hace del turismo. Se trata de algo que contrasta con la relevancia y con la trascendencia que para España, y el conjunto de los españoles tiene el turismo, como todos sabemos. ¿Cómo es posible que el constituyente no dedicara alguno de los artículos del capítulo III, principios rectores de la política económica y social, al turismo?. ¿Era necesario un precepto expreso a la materia o puede encontrarse implícito en alguno de los artículos que integran dicho capítulo?.

Un sector doctrinal ha creído encontrar la constitucionalización del turismo en el párrafo tercero del artículo 43 de la Constitución española, cuándo se dispone que los poderes públicos facilitarán la adecuada utilización del ocio. Sin embargo, como tal, el turismo carece de regulación constitucional. Desde luego, en un país como España, dada la trascendencia que tiene el turismo,

la Constitución debiera haber reservado un precepto en su capítulo III, el de los principios rectores de la política económica y social.

Al margen de que la promoción y ordenación del turismo en su ámbito propio pueda ser una competencia asumida por las Comunidades Autónomas a través de sus correspondientes Estatutos de Autonomía, es posible, aunque hay que forzar algo la interpretación, pensar que el turismo está presente en la mente del constituyente, por ejemplo, en el artículo 40 de la Constitución, al señalar que «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico...». Es evidente que unas buenas condiciones para el desarrollo del turismo en España repercutirá, así es, en los datos macroeconómicos del país. Sin embargo, insisto, me parece que no vendría mal aprovechar la próxima reforma constitucional para incluir un artículo dedicado, en este capítulo III, al turismo encomendando a los poderes públicos en concreto la creación de condiciones favorables para el desarrollo, equilibrado y humano, de esta fuente de ingresos tan importante para el reino de España.

Es evidente que, en los momentos actuales, como antaño, la actividad turística se ha convertido en un motor fundamental de la economía española. A su elevada aportación a la creación de renta y empleo y su carácter de sector equilibrador de la balanza comercial se une su efecto dinamizador de otros sectores económicos. Por otro lado, su desarrollo afecta a todas las Comunidades Autónomas españolas: en mayor o menor medida, todas ellas contemplan el turismo como una de sus más importantes vías de expansión económica, de generación de puestos de trabajo y de elemento estabilizador de la población en muchos casos. Ahora bien, cada Comunidad Autónoma es cada Comunidad Autónoma. Algunas viven más pendientes del turismo de mar y playas, otras se centran en la oferta de turismo cultural, otras en el turismo religioso o en el turismo rural...

En los últimos tiempos, cómo sabemos, se ha venido desarrollando una perspectiva global, de conjunto, que abarca desde la protección del entorno natural y urbano al desarrollo de las infraestructuras, pasando por la protección y rehabilitación del patrimonio histórico y cultural, la mejora de los servicios policiales y la seguridad ciudadana, la publicidad institucional desarrollada por las Administraciones Públicas, o el fomento de la calidad en la gestión del sector turístico privado. El turismo es, por tanto, un concepto transversal que está conectado con numerosos títulos competenciales del Estado, con importantes tareas públicas de responsabilidad local, con el sector privado. Se da, además, una presencia múltiple de poderes públicos: Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales.

El turismo se constituye, por tanto, en un importante medio de desarrollo económico y social y en un factor más para la cohesión y el crecimiento equi-

librado en todo el territorio, sea a nivel local, a nivel autonómico o a nivel nacional. No obstante esta importancia socioeconómica, en general el turismo y en particular su régimen jurídico no ha sido objeto, como ya hemos comentado, de excesiva atención por parte de los especialistas a pesar de lo que BLANQUER (1), atinadamente, denomina intenso abanico de potestades de ordenación de bienes y actividades privadas, y a la importancia que en este sector han tenido el intervencionismo público. En efecto, el turismo es realmente, uno de los mejores espacios para comprobar la eficacia y la funcionalidad del conjunto de las técnicas jurídico-administrativas proyectadas sobre la realidad, sea la potestad sancionadora, sea el fomento como forma de actividad administrativa, sea la articulación de competencias de los distintos poderes públicos con presencia en la materia.

En efecto, hay que tener presente el hecho de que sobre esta materia se entrecruza especialmente la actividad de diferentes Administraciones Públicas: la europea, la estatal, la autonómica y la local, con los consiguientes problemas de delimitación y articulación competencial que ello plantea, problemas acrecentados por el carácter pluridisciplinar del turismo, lo cual provoca que prácticamente todas las Administraciones Públicas hayan asumido competencias en la materia. De esta manera, asistimos a la intervención, en mayor o menor medida, de la Unión Europea, del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

Ciertamente, la confluencia de diversos Entes públicos en materia de turismo, con independencia de las cuestiones concretas de interpretación y hermenéutica acerca de quien sea la Administración competente en caso de conflicto, plantea la necesidad de pensar en la necesidad de sincronizar, de ensamblar mejor el esqueleto administrativo de los diferentes Gobiernos y Administraciones públicas con competencias en la materia. Si así no se hace, resulta que, al final, se perjudica a los ciudadanos que son los destinatarios naturales de la actividad del turismo y que, en ocasiones, no saben bien a que Ente público dirigirse para resolver los problemas en que puedan encontrarse. Claro que el protagonismo es, en la materia que examinamos, de Comunidades Autónomas y Entes locales. Pero que eso sea así no implica que se actúe desde posiciones unilaterales, desconociendo que en esta materia coexisten diversas tareas de diversos poderes públicos. Esta realidad debe estar lo más clara posible para los usuarios de los servicios turísticos pues, de lo contrario, se está desconociendo el principio de transparencia, y tantas veces el de seguridad jurídica.

Frente al fenómeno de huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Privado, que se manifiesta en la creación de Entes públicos instrumenta-

---

(1) D. BLANQUER, *Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pag. 31



les que coadyuvan a que la Administración cumpla con eficacia sus fines (y que en el sector turístico tienen sus manifestaciones tanto en el seno de la Administración General del Estado —Paradores de Turismo—, como en el de las Comunidades Autónomas —Turmadrid, S. A.; Sociedad Regional de Turismo, ASTURDATA, en el Principado de Asturias— y Corporaciones Locales —Patronatos Municipales y Provinciales de Turismo—), debe reseñarse otra tendencia de clara proyección en el sector turístico como es la publicación del Derecho privado. En importantes sectores de la economía española se ha construido un denso entramado de normas que ordenan las relaciones jurídicas que se entablan y desarrollan entre particulares, con el objetivo de proteger al consumidor y usuario. Las Administraciones Públicas no son una parte más del vínculo o negocio jurídico que se celebra entre las partes, sino que, en ocasiones, ejercen la potestad reglamentaria para regular el sector, o ejercen la potestad sancionadora o desarrollan una actividad arbitral (por ejemplo entre los turistas y las agencias de viaje), lo que pone de manifiesto la, en ocasiones, difícil delimitación entre lo público y lo privado en el ambiente turístico.

La huida y la vuelta al Derecho Administrativo son dos fases de un movimiento, de una tendencia que me interesa reseñar, siquiera sea brevemente en esta introducción porque en materia turística se produce de manera ejemplar. Veamos.

La huida al Derecho Privado que caracterizó las normas jurídicas de los años ochenta y noventa del siglo pasado en España, por ejemplo, pusieron de manifiesto la necesidad de mejorar los procedimientos administrativos y de afinar en la eficacia administrativa. Sin embargo, a pesar de esa huida, la realidad demostró que la Administración pública, aunque actúe a través de Entes instrumentales sometidos al Derecho Privado, en la medida en que maneja fondos públicos tiene una vinculación esencial a principios de Derecho Público que no se pueden desconocer en ningún caso. Me refiero a los principios de publicidad y concurrencia en la contratación administrativa y a los criterios de mérito y capacidad en orden a la selección de personal. Es decir, la huida nunca fue total y, quizás, ha servido para atinar, para mejorar y para imbuir el trabajo de la Administración pública de mayores cotas de eficacia y eficiencia administrativa en el marco de los principios y criterios constitucionales.

Desde otro punto de vista, la presencia de la Administración pública, a través de la regulación, en diversas instituciones y categorías del Derecho Turístico debe contemplarse, desde mi punto de vista, como un nueva expresión de lo que vengo denominando vuelta al Derecho Administrativo. Se trata de un fenómeno de gran relevancia en el Derecho Público Europeo, que per-

mite nuevos enfoques, nuevos planteamientos acerca del futuro de nuestra disciplina. En realidad, esa vuelta del Derecho Administrativo es más que una vuelta, se trata de una constatación de la proyección que tiene el Derecho Administrativo en el Estado social y democrático de Derecho. Me explico, el Derecho Administrativo es, hoy, un Ordenamiento jurídico que asegura los derechos ciudadanos a partir de su consideración central de Derecho del servicio objetivo al interés general. No es que siempre que nos encontremos en presencia de una actividad de interés general como pueda ser la del turismo, la Administración deba llevar la batuta, la voz cantante, la dirección. No, ni mucho menos. La etapa en la que el Estado dirigía la actividad económica pasó a la historia, al menos en Europa. Ahora la Administración ha de velar porque los derechos sean efectivos, porque los usuarios tengan un acceso franco, económico y de calidad a los servicios y establecimientos turísticos. Es un nuevo Derecho Administrativo, menos intervencionista y más comprometido con la posición jurídica de los usuarios en un contexto de servicio objetivo al interés general. De un interés general que, como ha sentenciado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 7 de febrero de 1984, ha de ser entendido, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, no de manera unilateral por lo poderes públicos, sino desde una perspectiva de colaboración entre poderes públicos y agentes sociales.

## **II. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA. EL PAPEL DE LOS ENTES PUBLICOS TERRITORIALES: ESPECIAL REFERENCIA AL ESTADO Y A LAS COMUNIDADES AUTONOMAS**

El análisis de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, necesariamente ha de partir del texto constitucional ya que en la Carta Magna es dónde está diseñado el sistema de reparto del poder territorial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sistema complejo que debe ser comprendido a la luz del modelo de Estado compuesto definido en nuestra Constitución, que no es el federal, ni el regional, ni el confederal, sino el autonómico. Esquema pensado y construido en función de la propia realidad territorial y de la necesidad de cimentar en el acuerdo y el consenso entre los Entes territoriales su desarrollo y evolución. De ahí, por ejemplo, que el principio de cooperación sea tan importante para garantizar la eficacia del sistema.

La única referencia constitucional al turismo como sabemos, la encontramos en el artículo 148.1.18 de la Constitución, que dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de «promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial». Por su parte, el artículo 149

no reserva al Estado ninguna atribución directa sobre el turismo, aunque, como veremos, existen títulos competenciales estatales que inciden indirectamente sobre el turismo, como pueden ser los de medio ambiente, patrimonio histórico artístico, inmigración y extranjería o transportes y comunicaciones, entre otros.

Lógicamente, en todos los Estatutos de Autonomía se recoge la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de turismo y al respecto no son relevantes las distintas expresiones utilizadas en los respectivos Estatutos de Autonomía, ya que el nivel competencial asumido por las Comunidades Autónomas es similar en todas ellas.

La competencia tiene, por ello, un esencial carácter relacional, lo que supone pluralidad de titulares de poderes que pueden coincidir de alguna manera, sea por razones materiales, funcionales o territoriales. El caso del turismo es, en este sentido, como veremos, paradigmático. De ahí que las competencias y su distribución se constituya en pieza clave para la organización de un Estado compuesto, como el español de 1.978. Es el instrumento jurídico que permitirá el ordenado ejercicio de los poderes y, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho, lo que permitirá dilucidar, como señala el profesor MEILÁN GIL, cual es el aplicable en cada caso.

La determinación constitucional del reconocimiento de las competencias aplicada a Entes locales y a Comunidades Autónomas reside en la noción del interés general respectivo, del interés público propio. Si no existieran intereses públicos vinculados al territorio en cuestión, probablemente la existencia de competencias carecería de sentido. Pues bien, este interés —comunitario o local— puede, debe encontrar su explicación en una realidad metajurídica que la Constitución tiene en cuenta y necesita para un reconocimiento jurídico eficaz de su articulación sobre competencias y poderes, dice atinadamente el profesor MEILÁN GIL. Es decir, la competencia vendrá a ser el ámbito del ejercicio de los poderes de la Comunidad, del Ente local, el elemento definidor de los mismos. Y en materia de turismo, como es obvio, coexisten en el territorio diferentes dimensiones públicas que afectan a Autonomías y Entes locales. Además, por supuesto, el Estado también ha de jugar un papel relevante en el sistema de distribución de competencias en materia de turismo pues, en efecto, como última instancia de solidaridad y equidad, como espacio de integración ha de velar porque la ordenación jurídica autonómica se realice de acuerdo con los parámetros constitucionales, amén de las competencias que en materia de economía general, obras públicas, patrimonio histórico-artístico, cultura..., puedan corresponderle.

Pues bien, el precedente de la Constitución republicana de 1931 y otras experiencias de Derecho comparado, especialmente la alemana, junto a la

existencia de alguna propuesta con tres listas de competencias exclusivas del Estado, de las Comunidades autónomas y compartidas lleva, a nuestro juicio, en un primer momento a leer bajo ese prisma la regulación constitucional, y en concreto los artículos 148 y 149 de la Constitución, que se separaría de aquellas pautas. Se entendía que la Constitución de 1978 había optado por un sistema menos perfecto de dos listas: la del artículo 148 en la que figurarían las competencias de las Comunidades autónomas y la el artículo 149 que contendría las del Estado, tal y como ha explicado el profesor MEILÁN GIL.

La naturaleza dispositiva, voluntaria, del proceso autonómico, que tiene uno de sus exponentes más claros en este precepto, revela hasta que punto el modelo del estado autonómico español quiso, desde el principio, que cada Comunidad Autónoma pudiera ir completando a su albedrío, en el marco constitucional, el mapa competencial. La funcionalidad del artículo 148, en el momento constituyente, no se dirigía a atribuir competencias y menos, competencias exclusivas necesariamente, como ponen de manifiesto, por ejemplo, los apartados 7 y 13 al concebir la posible competencia de la Comunidad autónoma «de acuerdo con la ordenación general de la economía» o «dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional». Era un marco para que las Comunidades autónomas pudieran llenar de contenido su autonomía, sin garantizar la existencia de un auténtico poder legislativo, por lo que de esa lista no puede inferirse el carácter de las competencias que asumiría la comunidad autónoma. El artículo 148 no tiene, por tanto, una finalidad distribuidora de las competencias. La realidad demostró, sin embargo, que todas aquellas competencias que se podían asumir, fueron generalmente asumidas como exclusivas en los Estatutos, salvo, claro está, aquellas en las que la propia literalidad del precepto atribuía determinadas funciones a la legislación del Estado. En el caso del turismo, a pesar de existir obvios títulos competenciales del Estado con incidencia en el turismo, la competencia se asumió como exclusiva en los correspondientes Estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas.

La realidad del artículo 149.1 de la Constitución evidencia que en él no se regulan sólo competencias exclusivas del Estado y, por tanto, el adjetivo «exclusivas» puede entenderse como un simple pleonismo en el sentido de «propias», ya que toda competencia podría entenderse como exclusiva o entender, como ha terminado haciendo implícitamente el Tribunal Constitucional, que son competencias exclusivas no en el usual sentido dogmático sino en los términos que se desprenden de su concurrencia o compartición objetivas dando lugar a una gradualidad de competencias exclusivas que está forzando, en nuestra opinión, las categorías jurídicas.

Ese esquema resulta absolutamente coherente con las tres listas que contiene el citado artículo 149 de la Constitución. A su favor está la interpretación literal y la sistemática. Otra cosa es que, como señala Meilán Gil, por razones extrajurídicas explicables, los dos primeros Estatutos —vasco y catalán— no llevasen a cabo con precisión la tarea que a los Estatutos incumbe por determinación constitucional y, en lugar de cerrar el sistema abierto de la Constitución, perpetuasen la apertura al reproducir, en este caso sin justificación formal y sin sentido jurídico, la expresión «sin perjuicio», esta vez referida a la competencia del Estado en una especie de «eco loco». La diferencia del sistema no está tanto en el título VIII de la Constitución como en los Estatutos, que han proporcionado los elementos para la desnaturalización relativa a las competencias exclusivas incluyendo como tales competencias que obviamente no lo son aplicando ortodoxamente las categorías jurídicas.

El marco constitucional en el que las Comunidades autónomas pueden, mediante los Estatutos, asumir competencias —incluso exclusivas— se dirá es fundamentalmente el artículo 148 de la Constitución ya que el artículo 149 en su apartado 1 se refiere a las competencias atribuidas al Estado, «cuya concreción pertenece al binomio Constitución ley estatal», por lo que en él la asunción de competencias como exclusivas de las Comunidades autónomas —se afirma— «únicamente puede producirse en términos de concurrencia y compartición». Solo quedaría, pues, como ámbito propio para la asunción de competencias como exclusivas de las Comunidades autónomas uno de los principios residuales contenidos en el apartado 3 del artículo 149: («las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos»). Esta tesis supondría negar funcionalidad y contenido, por ejemplo, a la competencia autonómica en materia de promoción y ordenación del turismo.

En este contexto, a pesar de los pronunciamientos constitucionales y estatutarios, la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de turismo ha sido objeto de algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, pronunciamientos que si bien no son abundantes, si permiten extraer las siguientes conclusiones (2):

En primer lugar, podemos afirmar con base en la jurisprudencia constitucional, que el artículo 149 no contiene ninguna reserva competencial en favor del Estado sobre el turismo. Cómo resulta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148.18 de la Constitución, las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas sobre el turismo no tiene porque

---

(2) Al respecto puede verse A. SALGADO, «La distribución de competencias en materia de turismo» (pp. 326 a 329).

entrar en juego la cláusula residual del artículo 149.3, puesto que los Estatutos han sido cauce explícito de asunción de las competencias sobre el turismo (STC 125/1984, de 20 de diciembre).

En segundo lugar, conviene señalar que es frecuente la concurrencia del turismo con otros títulos competenciales, lo que obliga al intérprete del bloque de constitucionalidad a una tarea de ponderación difícilmente conceptualizable y, por fuerza casuística, sin que ello lleve a una interpretación expansiva de los distintos títulos competenciales (STC 125/1984, de 20 de diciembre).

En tercer lugar, entre los títulos competenciales que justifican la intervención estatal en materia de turismo se encontrarían el comercio exterior (STC 125/1984) o las facultades estatales de dirección general de la economía (STC 75/1989, de 25 de abril; STC 88/1987, de 2 de junio) sin que sea posible interpretar estas facultades de tal forma que vacíen toda competencia comunitaria dotada de una cierta dimensión económica, pues ello equivaldría a vaciar casi todo el bloque de competencias asumidas por las Comunidades Autónomas.

A la luz del sistema constitucional de distribución competencial se ha llevado a cabo el traspaso a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios que correspondían al Estado en materia de turismo. Estos traspasos se han realizado mediante Real Decreto (3). Estas normas son de gran utilidad a los efectos de la delimitación de funciones entre el Estado y Comunidades Autónomas.

---

(3) La relación de los Reales Decretos de traspaso es la siguiente:

- Andalucía .....	RD 698/1979, de 13 de febrero
- Aragón .....	RD 298/1979, de 26 de enero
- Principado de Asturias.....	RD 2874/1979, de 17 de diciembre
- Islas Baleares .....	RD 2245/1979, de 7 de septiembre
- Islas Canarias .....	RD 2843/1979, de 7 de diciembre
- Cantabria .....	RD 2339/1982, de 24 de julio
- Castilla la Mancha .....	RD 3072/1979, de 29 de diciembre
- Castilla-León .....	RD 2367/1984, de 11 de abril
- Cataluña.....	RD 2115/1978, de 26 de julio
- Extremadura .....	RD 2912/1979, de 21 de diciembre
- Galicia .....	RD 212/1979, de 26 de enero
- La Rioja .....	RD 2772/1983, de 1 de septiembre
- Madrid .....	RD 697/1984, de 25 de enero
- Murcia .....	RD 466/1980, de 29 de febrero
- Navarra .....	RD 1121/1985, de 19 de julio
- País Vasco .....	RD 2488/1978, de 25 de agosto
- C. Valenciana .....	RD 299/1979, de 26 de enero
- Ceuta .....	RD 2499/1996, de 5 de diciembre
- Melilla .....	RD 337/1996, de 23 de febrero

Siguiendo a SALGADO (4), puede afirmarse que todas estas disposiciones tienen una estructura general común con tres grandes grupos de contenidos: el primero de ellos hace referencia a los servicios que se asumen en forma exclusiva por las Administraciones Autonómicas; el segundo son las funciones reservadas al Estado, y el tercero y último, nos lleva al campo de la cooperación o intervención dual de ambos poderes públicos.

Las funciones y servicios que pasan a desarrollar las Comunidades Autónomas son, sobre todo la planificación y ordenación de la actividad e industria turística, la ejecución de la legislación del Estado en materia de agencias de viajes cuando su ámbito de actuación no exceda del territorio de la Comunidad Autónoma y la regulación y fomento de las profesiones turísticas.

El segundo grupo es el de las funciones que se reserva el Estado, entre las que se encuentran las relaciones internacionales, aunque se establece un deber de información a las Comunidades Autónomas en el caso de celebración de convenios internacionales concernientes al turismo; la coordinación de la ordenación general de la actividad turística. Se trata exclusivamente de facultades de coordinación, pero no puede derivar en normas que el Estado elabore sin el acuerdo de las Comunidades Autónomas. La Administración estatal está obligada a emplear instrumentos de colaboración previstos en los artículos 5 y 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (5). El Estado también se ha reservado la legislación en materia de agencias de viaje que operen fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de su sede, así como la materia de prestación de servicios turísticos por las mismas. Igualmente, el Estado se reservó la promoción y comercialización del turismo en el extranjero y las normas y directrices a las que habrán de sujetarse las Comunidades Autónomas cuando llevan a cabo actividades de promoción turística en el exterior. La literalidad de esta disposición nos indica que las Comunidades Autónomas pueden realizar actividades de promoción turística en el extranjero, pero que serán los órganos centrales de la Administración del Estado

---

(4) A. SALGADO, op. cit., pp. 330-332

(5) La STC 32/1983, de 28 de abril, aclara que «la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones... En este sentido hay que entender la competencia estatal de coordinación general... (que) aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta...» (Fundamento Jurídico 2). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del mismo Tribunal 80/1995, de 4 de julio, al afirmar que «... no significa esto, en modo alguno, que cuando el Estado carece de competencia para la coordinación general, la consecución de ese objetivo se hace imposible, pues el Estado y las Comunidades Autónomas están sometidos recíprocamente a un deber general de colaboración, que no es preciso justificar en preceptos concretos... porque es esencial al modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución ...».

los que fijen los criterios. Esta cuestión es bien delicada. El Tribunal Constitucional, sin ir más lejos, ha tenido que precisar, precisamente en materia de turismo, en su sentencia de 5 de diciembre de 1995, que «la dimensión externa de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del artículo 149.1.3 de la Constitución que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de cierta incidencia exterior, por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una verdadera reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, la complejidad y tecnificación progresiva de la promoción del turismo, las necesidades de investigación del mercado exterior, así como el respeto a la unidad de ese mercado como factor generador de la actividad exportadora, hacen que las actividades de promoción y comercialización en los distintos mercados extranjeros deban realizarse de forma coordinada y de acuerdo con los principios que respondan a los planteamientos de la ordenación global de la economía (6), pero respetando la dimensión externa de una competencia exclusiva autonómica.

El Estado también se ha reservado, las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales del turismo. Se trata de una manifestación de la competencia estatal atribuida en el artículo 149.1.30. de la Constitución, relativo a los títulos académicos y profesionales.

El tercer grupo de materias contempladas en los Reales Decretos de trasposos es el relativo a las zonas comunes en que es necesaria, ya no una simple colaboración, sino la intervención estatal y la autonómica, como: subvenciones y crédito turístico, información turística, recopilación de datos estadísticos y por último, paradores y albergues colaboradores de la red de establecimientos turísticos del Estado.

Cómo hemos señalado, la atribución en exclusiva de la competencia de fomento y ordenación a las Comunidades Autónomas no quiere decir, ni mucho menos, que en la materia no haya más que intervención pública autonómica. Como sabemos, la naturaleza transversal del turismo afecta a materias tan variopintas como la ordenación del territorio, el urbanismo, el medio ambiente, la planificación económica, el patrimonio histórico-artístico, la cultura, el ocio o, por ejemplo, la seguridad ciudadana, materias todas ellas que, de alguna manera, están conectadas al interés público en su dimensión nacional y local.

Las razones de la asunción autonómica de la competencia son claras y no dejan lugar a demasiadas dudas pues es menester adecuar el turismo a la realidad de cada territorio. Es más, el turismo no tendrá la misma conside-

---

(6) En desarrollo de estos criterios se elaboró el Real Decreto 672/1985, de 19 de abril, por el que se dictan normas sobre la promoción exterior del turismo.



ración en una Autonomía costera que en una montañosa, razón de más para que, en efecto, se confíe preponderantemente la regulación de la competencia al espacio autonómico, sin olvidar la presencia de la Unión Europea, del Estado y de los Entes locales. La autonomía política como concepto que permite la autoadministración, la autonormación, dentro de un marco general, se proyecta con toda su intensidad sobre el turismo, materia en la que las Comunidades Autónomas han ido desplegando verdaderas políticas públicas adecuadas a las peculiaridades del fenómeno turístico en cada territorio.

Anteriormente señalamos que la Constitución, salvo que se contemple el turismo bajo la rúbrica del ocio en el artículo 43.3 de la Constitución, sólo aparece mencionado en la Constitución, insisto, en materia de competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas en sus Estatutos (artículo 148.1.18). Esto quiere decir, en principio, como regla, como dispone el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de diciembre de 1984 que «el artículo 149 no contiene ninguna reserva competencial a favor del Estado en materia de turismo (...). Siendo esto es así, no tiene por qué entrar en juego la cláusula residual del artículo 149.3, puesto que los Estatutos de las Comunidades en conflicto sí que han sido cauce explícito de asunción de las competencias sobre turismo». Esta afirmación no implica, ya lo hemos adelantado, que la competencia calificada de exclusiva excluya la presencia de otras instancias públicas distintas a la Comunidad Autónoma. En sede de principios, si la coordinación es uno de los principios constitucionales de organización administrativa, no parece exagerado señalar que la política turística del Reino de España la determina y la fija el gobierno de la nación. El gobierno de la nación tiene la capacidad de integrar a las partes en el conjunto, lo que no supone, sería inconstitucional, que a través de la coordinación se socavaran competencias autonómicas o se pretendiera asumir poderes que no le corresponden al Estado en la materia.

El Tribunal Constitucional, que ha tratado sobre la competencia turística en varias sentencias, señaló en la sentencia de 8 de febrero de 1982 que «si bien las normas constitucionales y estatutarias relativas a la distribución de competencias clasifican la realidad social en materias para ordenar aquella distribución, no es menos cierto que los conceptos de materias allí recogidos poseen, en ocasiones, un inevitable grado de indeterminación y es frecuente que una materia, en concreto el turismo, tenga dimensiones clasificables dentro de otro concepto material y encajables en otro título competencial». En concreto, si hacemos un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de turismo nos vamos a encontrar con que existen una serie de títulos competenciales estatales en los que se produce este fenómeno de entrecruzamiento al que se refiere el Tribunal Constitucional. Es el caso, por ejemplo, del comercio exterior (149.1.10), relaciones internacionales

(149.1.3). de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1.13) y la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

Estudiemos, más en concreto, el alcance y la funcionalidad de los títulos competenciales del Estado que pueden superponerse sobre la competencia exclusiva autonómica para la promoción y ordenación del turismo.

En el caso del comercio exterior, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2<sup>o</sup> de noviembre de 1984 reconoce la incidencia del turismo en este concepto puesto que «la importancia de los ingresos que la actividad turística proporciona a la economía nacional procedentes de la demanda exterior convierten sin duda al turismo en una de las partidas más significativas de la balanza exterior. Por consiguiente, la promoción exterior del turismo adquiere desde esta perspectiva una dimensión que lo sitúa dentro de la competencia estatal del artículo 149.1.10 de la Constitución». El Tribunal Constitucional, como anteriormente comentamos, se ha encargado de señalar que la existencia de proyección externa de las competencias exclusivas autonómicas no significa que tal proyección exterior haya de ser subsumida por la competencia estatal de relaciones exteriores. Por tanto, una lectura en clave unilateral de la doctrina constitucional podría conducir a resultados incoherentes y desestabilizadores. ¿Es qué no puede una Comunidad Autónoma participar en una Feria turística internacional?. Claro que puede. Ahora bien, el sentido común, el principio de cooperación y de coordinación, plantea que si hay presencia del Reino de España, la participación autonómica se integre en la presencia institucional española. Otra solución, cómo por ejemplo, que hay una representación del Reino de España por un lado y, por otro, una representación aislada de una Comunidad Autónoma sería incongruente con los principios constitucionales.

Por lo que se refiere a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13), se plantea el no pequeño problema de la intervención del Estado en razón de la incidencia que tiene el turismo, como reconocía la anterior sentencia del Tribunal Constitucional, en el conjunto de la economía y como factor de desarrollo económico y de creación de empresas y de empleo.

El Tribunal Constitucional ha hecho gala de una interpretación demasiado extensiva de este título competencial que ha permitido al Estado realizar una actividad de planificación y de fomento respecto de aquellas materias en las que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva. Así, en las sentencias 1/1982, 32/1983, 179/1985, o 188/1989 encontramos pronunciamientos del alto Tribunal en los que se justifica que el número 13 del artículo 149 de la Constitución permite al Estado intervenir en las competen-

cias autonómicas, sea cuál sea su naturaleza, siempre que nos hallemos ante materias relativas a la economía general. Obviamente, el turismo tiene una definitiva proyección sobre la economía general y, por eso, desde esta interpretación el Estado tiene mucho que decir en la materia.

Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 1984 analiza hasta que punto el Estado puede realizar la actividad de fomento a través de la vía de subvención en materia de turismo. Dicha jurisprudencia afirma que el ejercicio autonómico de una competencia exclusiva sobre un determinado subsector económico —el turismo, y en concreto la actividad de promoción— no excluye la existencia de una competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector. Sin embargo, sigue diciendo el Tribunal Constitucional en esta sentencia que no cabe una interpretación extensiva de este título competencia estatal que permita absorber cualquier medida que tenga proyección sobre los aspectos económicos de la actividad turística, vaciándose prácticamente de contenido la competencia exclusiva propia de la Comunidad Autónoma. Es decir, el problema reside en que el Estado no está legitimado para fomentar cualquier actividad en materia de turismo, no tiene una competencia general e indeterminada en el fomento del turismo paralela o concurrente con las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, pues ello significaría no sólo alterar el sistema constitucional de distribución de competencias, sino también distorsionar de forma permanente el esquema ordinario de financiación autonómica. El Estado, insisto, sólo puede desplegar su política de fomento sobre las bases de la planificación y coordinación de la actividad económica, no sobre sectores o subsectores económicos concretos que, además, son de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas.

Otro punto de interés que se aborda en la sentencia que estamos glosando en materia subvencional se refiere a que la mera previsión de subvenciones y ayudas en materia de turismo y la regulación genérica de sus condiciones entra en la competencia estatal de ordenación general de la economía. Sin embargo, como estamos ante una competencia exclusiva autonómica, es menester afirmar que, incluso en estos casos, la gestión de dicha política subvencional ha de recaer, por obvias razones, en las Comunidades Autónomas. No cabe gestión directa del Estado de las subvenciones en la materia, dice el Tribunal Constitucional en la sentencia de 10 de julio de 1986, sino cuando resulte imprescindible «para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas condiciones de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, siendo al mismo tiempo un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales o de los créditos que hayan de destinarse al sector».

Por otra parte, la citada sentencia de 20 de diciembre de 1984, analiza la posibilidad de que la competencia establecida en el artículo 149.1.13 de la Constitución se extienda a la clasificación de los establecimientos hoteleros. Pues bien, el alto Tribunal señala que dicho precepto de la constitución no puede ser aplicable en este supuesto pues no debe ser interpretado en forma tal que vacíe toda competencia comunitaria dotada de una cierta dimensión económica, ni las previsiones establecidas tienen la consideración de .medidas o normas básicas ni coordina la planificación económica.

Finalmente, el número 30 del artículo 149 de la Constitución, también con relación al turismo, establece la competencia exclusiva del Estado en materia de «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales». Además, pueden plantear algún conflicto las competencias del Estado en materia de medio ambiente, patrimonio histórico-artístico, costas y urbanismo; nacionalidad, in migración y extranjería; divisas y cambio de monedas; marina mercante y abanderamiento de buques; transportes y comunicaciones; ferias, juegos y apuestas o espectáculos públicos. Materias todas ellas en las que la competencia del Estado cuándo incida sobre el turismo ha de permitir la normación especial por parte de la Comunidad Autónoma, pudiendo intervenir cuándo sea necesario preservar condiciones o reglas generales.

Por tanto, tras el examen realizado puede afirmarse que en materia de turismo, por su afección a tantas materias, se produce un claro fenómeno de concurrencia, lo que no significa, ni mucho menos, que no existan competencias exclusivas de Estado y de la Comunidad Autónoma. Es más, por su propia definición, estamos en presencia de un supuesto de manual de concurrencia normativa.

Las Comunidades Autónomas fueron poco a poco interviniendo normativamente en la materia sin grandes planteamientos, respetando la posición del Estado en la materia. Es en 1994, más en concreto con la ley vasca de 16 de marzo de ese año cuándo realmente las Autonomía toman conciencia de la relevancia de sus competencias y poderes en la materia y superan la regulación disciplinaria, hasta entonces la única competencia que estaban operando dada la necesidad de adaptar las normas sancionadoras a los principios constitucionales. A partir de ese momento, insisto, las Comunidades Autónomas comienzan a desarrollar sus verdaderas potestades y, por ejemplo, entran en cuestiones tan medulares para el sector como puede ser la organización administrativa y la enseñanza turística.

Hoy, en 2007, prácticamente todas las Comunidades Autónomas disponen de una ley general de ordenación turística. Cómo ha puesto de relieve PÉREZ FERNÁNDEZ, un estudio comparativo de estas normas permite concluir que

las Autonomías disponen ya, en la materia, de los siguientes poderes o facultades: autorizar la apertura, modificación y cierre de las empresas turísticas y demás actividades vinculadas al sector; regular los requisitos que han de reunir las instalaciones y las condiciones de funcionamiento y prestación de servicios; gestionar el registro de empresas y actividades turísticas; planificar territorialmente la actividad turística en el ámbito autonómico, así como coordinar las actuaciones desarrolladas en este sentido por los Entes locales. Estas facultades o poderes se refieren a la ordenación de las empresas y actividades turísticas. Por lo que se refiere a la acción de fomento y promoción del fomento, nos encontramos con la promoción, planificación y protección de la imagen turística de la Comunidad Autónoma; la regulación, coordinación y fomento de las profesiones y enseñanzas turísticas; la información turística o la concesión de ayudas y subvenciones para estimular la actividad turística. Finalmente, las Comunidades Autónomas disponen, de acuerdo con este cuadro normativo, de la función inspectora y sancionadora, así como son competentes para tramitar y resolver las reclamaciones que se puedan formular en la materia.

### **III. LOS ENTES LOCALES Y EL TURISMO**

La aparición de las Comunidades Autónomas como nuevos Entes públicos con capacidad política propia y un amplio elenco de poderes y competencias ha ido, poco a poco, desdibujando la capacidad institucional de los Entes locales que han visto reducida notablemente su esfera de atribuciones como consecuencia de asentar unas estructuras públicas nuevas que han precisado en estos primeros treinta años desde su nacimiento de continuos cuidados y atenciones. Sin embargo, de acuerdo con el sistema español de distribución de competencias, resulta que la competencia general de ordenación del régimen jurídico de los Entes locales reside en el Estado, mientras que la ordenación sectorial dependerá de la voluntad política de las Comunidades Autónomas que, en este tiempo ha sido ciertamente cicatera.

En el marco constitucional español, los Entes locales disponen, artículos 137 y 140, de autonomía para la gestión de los intereses públicos de naturaleza local. El turismo es, desde luego, una materia conectada al interés público local y, por eso, estos Entes públicos realizan tareas públicas en la materia. Tareas que serán las que les encomienden las Comunidades Autónomas que son las titulares de estas competencias.

En opinión de PÉREZ FERNÁNDEZ, los Entes locales serán quienes desempeñen el papel básico, especialmente los municipios. Las provincias, por su parte, dadas sus competencias, se centrarán en la promoción de los recursos turísti-

cos, de asistencia técnica y de cooperación económica a los municipios, especialmente a los que puedan tener más dificultades para realizar adecuadamente sus competencias en la materia. Estas funciones son realizadas por las Diputaciones provinciales, Cabildos insulares o Consejos insulares. Los Entes supramunicipales, Comarcas y Mancomunidades, juegan un papel, como veremos, de gran trascendencia e interés para el turismo en nuestro país.

La autonomía local, que no es una mera autonomía administrativa como comúnmente se entiende en la doctrina al no aparecer reconocida en el precepto constitucional relativo a la autonomía política, trae consigo, además de facultades de autoorganización, autoadministración y autonormación dentro de las competencias propias, el derecho de la comunidad local a participar, a través de sus propios órganos en el gobierno y administración de cuantos asuntos estén conectados a los intereses públicos de naturaleza local. En este sentido, por ejemplo, se encuentra el artículo 2 de la ley de bases del régimen local de 2 de abril de 1985, tan claro como inédito, precepto que manda a los legisladores nacional y autonómico asegurar a los Entes locales «su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos». El precepto, insisto, es bien claro y, de haber sido respetado en su integridad, hoy los Entes locales en España no tendrían esa posición de cierta sumisión que algunas Comunidades Autónomas promueven sin cesar porque piensan, erróneamente, que los Entes locales no son más que apéndices, para el ámbito local, de la todopoderosa autonomía política de que disfrutan.

En este punto, es menester traer a colación el sentido y funcionalidad que tiene la Carta europea de la autonomía local ya que es derecho aplicable entre nosotros y tiene una importancia capital en lo que se refiere a la determinación competencial de los Entes locales.

En efecto, ya en 1951, un grupo de delegados en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa propusieron la creación de una Comisión de Asuntos Municipales y Regionales. El contenido de la propuesta, aprobada al año siguiente, consideraba «la importancia de las libertades locales, cuyo respeto es el elemento fundamental de la democracia». Asimismo, la propuesta tenía en cuenta «los problemas culturales, sociales, económicos que se plantean a nivel europeo repercuten directamente sobre las entidades locales; e igualmente consideraba que «los representantes de las Entidades locales, unidos por encima de las fronteras por sus preocupaciones comunes, son los artesanos indispensables de una Europa unida y respetuosa de las diversidades, y

que su actuación debe permitir una penetración profunda de la idea europea entre los pueblos al mismo tiempo que el establecimiento de lazos íntimos entre ellos. Para algunos autores, esta propuesta es el primer antecedente de la Carta Europea de Autonomía Local. Así, para ORTEGA (7) en tales considerandos aparecen ya ideas centrales del debate sobre los problemas de la autonomía local. En ellas se contiene el germen del salto desde una concepción de la autonomía municipal entendida como una libertad frente al Estado en relación a una serie de asuntos típicamente locales, a toda una nueva concepción derivada de los efectos estructurales de la implantación fáctica del Estado Social y Democrático de Derecho en toda Europa Occidental. Dentro de este modelo de Estado, la autonomía local se perfila como una instancia de gobierno democrático que se proyecta sobre todos los problemas de los ciudadanos, actuando como impulsor de la participación política de los ciudadanos y de una inmediata visualización de la gestión democrática de los intereses públicos.

Anteriormente a la promulgación de la Carta de Autonomía Local, ya se recogen alusiones a los problemas regionales en otro texto como es el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y que entró en vigor en 1958. Pero, la formalización jurídica de la defensa en Europa de la autonomía local, eje del elemento democrático y descentralizador, viene de la mano de la Carta Europea de Autonomía Local.

Elaborada en el marco del Consejo de Europa, no cabe duda de su trascendencia. Ratificada por España el 20 de enero de 1988 y vigente desde el 1 de septiembre de ese mismo año, constituye un tratado de carácter internacional validamente celebrada.

Los principios que consagra se sustentan más en la voluntad política de aceptar un compromiso que de ponerlo en práctica. Estos principios en línea con nuestra legislación, puesto que el texto se remonta a octubre de 1985, destacan la suficiencia de recursos, la autonomía para el gasto y el ingreso, el derecho a ser oído cuando se dicten medidas y criterios de redistribución de recursos, preferencia de subvenciones y libre acceso al mercado para concretar operaciones de crédito destinadas a gastos de inversión.

Pero en definitiva, lo que la Carta nos viene a decir, y así lo sostiene en su artículo 3, es que las entidades locales ordenan y gestionan los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes y, que sus órganos de gobierno son directamente representativos de dichos ciudadanos. Y ello viene a suponer, el ejercicio de la potestad reglamentaria y de resoluciones administrativas, en la

---

(7) L. ORTEGA, «La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 259, julio-septiembre 1993, p. 475.

asunción de competencias propias sobre una parte importante de los asuntos públicos y en la financiación suficiente para ejercitarlos.

En la Carta Europea se parte directamente de dos principios: uno, al que ya hemos hecho alusión anteriormente, el de subsidiariedad y otro el de proximidad, de cercanía a los ciudadanos, como criterios de atribución competencial. A lo anterior se añaden otros tres elementos normativos. De una parte la potestad reglamentaria se realiza según el art. 3. de la Carta Europea de Autonomía Local «en el marco de la Ley». De otra, la libertad de los Entes locales para ejercer su iniciativa en toda materia que no este excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad (art. 4.2 CEAL). Finalmente, se establece una reserva reglamentaria en materia de organización local (art. 6.1).

Como señala ORTEGA (8), lo que la Carta afirma es el principio de autogobierno, al establecer el art. 3 que la gestión de los asuntos públicos la realizará el ente local «bajo su propia responsabilidad». Este principio de autogobierno es, sin duda, un instrumento interpretativo fundamental con relación al régimen de las competencias de los Entes locales.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, el Estado dispone, como ya hemos indicado, de competencias de legislación básica sobre el régimen jurídico de los Entes locales, así como las competencias en cuanto legislador sectorial según las diversas materias. A su vez, las Comunidades Autónomas tienen competencias de desarrollo legislativo de la normativa básica estatal y la competencia legislativa sectorial propia de sus disposiciones estatutarias.

A pesar de las previsiones normativas, de la centralidad de las competencias locales en materia turística, se observa un proceso de paralización de las transferencias de competencias desde el escalón autonómico al local probablemente porque las Comunidades Autónomas temen perder poder si realizan estas operaciones de trasvase de poderes en lo que se ha denominado segunda descentralización.

En la ley de bases del régimen local nos encontramos con un precepto, el 25.2, en el que el legislador establece un listado de materias en las que necesariamente los Entes locales tienen la competencia. Se trata de supuestos en los que se presume que existe un obvio interés local y que, por ello, ha de ser la Corporación local, el Gobierno local, quien está llamado al ejercicio de la intervención pública. Así, por ejemplo, el 25.2 m) dispone que el Municipio ejercerá competencias en «actividades o instalaciones culturales o deportivas, ocupación del tiempo libre; turismo». También en el citado artículo 25 encontramos en distintos apartados del artículo 2 sendas materias en las

---

(8) L. ORTEGA, «La Carta Europea..», cit., p. 259.



que, en efecto, existe una afectación, más o menos directas, al turismo. Es el caso de la seguridad en lugares públicos. Ordenación del tráfico de vehículos y personas en vías urbanas, patrimonio histórico-artístico, protección del medio ambiente, abastos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores, o protección de la salubridad pública.

También encontramos otra referencia al turismo en la ley de bases en el artículo 30 al mencionar los municipios turísticos, lo que permite un régimen especial, como dice Pérez Fernández, para aquellos Municipios que tengan en su término municipal una preponderancia de actividades turísticas, lo que en un país como España, con su costa y su historia, no es nada infrecuente. Tan importante es esta cuestión que numerosas leyes autonómicas se han lanzado a elaborar regímenes específicos para estos peculiares Municipios. Son leyes, como apunta Pérez Fernández, no dedicadas o ofrecer nuevos modelos organizativos para estos Municipios, sino que se limitan, y no es poco, a buscar nuevas fuentes de financiación que permitan cubrir los gastos derivados al Municipio de la actividad turística, actividad que conlleva importantes cargas de naturaleza ambiental que implican relevantes gastos.

Cómo hemos indicado, las comarcas y las mancomunidades juegan también un papel relevante en materia turística debido a que con frecuencia los Municipios no tienen medios ni capacidad real para atender las demandas que se producen en zonas de intensidad turística. No pueden prestar adecuadamente los servicios o, a veces, necesitan de espacios supramunicipales para realizar dichos servicios desde parámetros de eficacia y calidad.

Las comarcas pueden ser creadas por las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 42.1 de la ley de bases del régimen local de 1985 con el fin de agrupar Municipios cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios en dicho ámbito. En algunas leyes turísticas se contempla la figura de la comarca (Aragón y Cataluña) atribuyendo a estos Entes públicos, es el caso de Aragón, competencias en materia autorizatoria, registral, disciplinaria de empresas y establecimientos de su competencia; la elaboración y aprobación del plan de dinamización turística comarcal; la conservación y promoción de los recursos turísticos, la emisión del informe sobre la declaración de actividades de interés turístico o la cooperación intermunicipal en la materia. En el caso catalán, el legislador autonómico se refiere a comarcas de interés turístico, pudiendo obtener tal calificación las comarcas en función de la existencia de Municipios turísticos y de los recursos turísticos comprendidos en dicho territorio comarcal. También se refiere el legislador catalán a las denominaciones de ámbito supramunicipal o intercomarcal con el fin de reconocer la existencia de determinados ámbitos territoriales que, por sus especiales carac-

terísticas, recursos o atractivos turísticos comunes, aconsejen una promoción turística unitaria.

En otras leyes autonómicas, se crean comarcas, no como Entes públicos, sino cómo espacios territoriales que dispongan de una serie de características turísticas a partir de las cuales se produce la declaración autonómica de comarca turística, declaración que puede recaer sobre un Municipio, parte de él, sobre varios. Para las comarcas turísticas, se elaboran planes específicos de la mano de la Comunidad Autónoma.

Las mancomunidades son agrupaciones voluntarias de Municipios para la prestación de servicios comunes que se entiende se prestarán con más eficacia desde la asociación que desde la individualidad. Pues bien, se han ido creando también mancomunidades de naturaleza turística como la mancomunidad turística del Maestrazgo integrada por Municipios de distintas provincias de Castellón y Teruel, dos provincias españolas.

Por lo que se refiere a la naturaleza de las competencias locales en materia turística, un estudio de la ley de bases del régimen local de 1985 nos permite concluir que el municipio gozará de potestad reglamentaria, potestad de programación o planificación [artículo 4.1 a) y c)], de manera que dicha intervención habrá de canalizarse a través de las Ordenanzas municipales [artículo 84.1.a)], del plan o programa [artículo 4-1-c)] o de las licencias de apertura y de obras [artículo 84.1.b)].

Por lo que se refiere a las Ordenanzas municipales hay que tener presente los límites materiales que vienen determinados por el conjunto de competencias municipales atribuidas por el legislador sectorial. En realidad a través de estas normas se definen los principales instrumentos de ordenación del turismo en el nivel municipal como puede ser la planificación de la política turística, del medio ambiente o de la salubridad municipal.

El Plan o Programa, como apunta PÉREZ FERNÁNDEZ, es el instrumento de ordenación de la actividad turística. Ciertamente, salvo en materia urbanística, la verdad es que los planes o programas en el ámbito local están inéditos, seguramente porque no es sencillo diseñar planes autonómicos y planes municipales en materia turística ya que la posibilidad de duplicidades y superposiciones no debe ser difícil.

La potestad autorizatoria local a través de la concesión de las licencias de apertura y de obras es una tradicional manifestación de la actividad de policía que permite a los Entes locales intervenir en el emplazamiento y sucesivas reformas que se realicen en las instalaciones y establecimientos turísticos ubicados en el término municipal.

En realidad, tal y como ocurre en otras materias en las que las Comunidades Autónomas han transferido competencias a los Entes locales, la evalua-

ción de este proceso hasta el momento puede calificarse de cicatero e intervencionista, si bien, en las últimas leyes aprobadas, caso de Andalucía, Aragón, Asturias, Cataluña y Navarra, la tendencia se ha invertido. El profesor Pérez Fernández ha dividido en tres grupos estas leyes.

En primer lugar estarían aquellas leyes que por uno u otro motivo omiten cualquier atribución competencial específica a favor de los Entes locales (Baleares, Galicia, Castilla-La Mancha, La Rioja, Madrid, Murcia o Valencia). En segundo término, nos encontramos con leyes que intentan definir un marco competencial más concreto y específico de los municipios (Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León y Navarra). Y, en tercer lugar, hay leyes autonómicas que regulan las competencias de Entes supramunicipales llamadas comarcas, pero sin ser Entes públicos, sino espacios territoriales con atribuciones en materias turísticas (Extremadura o País Vasco).

A modo de resumen de las competencias locales en materia turística, resulta útil la clasificación que hace Pérez Fernández cuándo divide dichos poderes en las siguientes materias: protección y conservación de sus recursos turísticos, en especial del patrimonio monumental y del entorno natural, así como la adopción de medidas tendentes a su efectiva utilización y disfrute; fomento de las actividades turísticas de interés municipal, así como la promoción de los recursos y productos turísticos existentes en su ámbito, en coordinación con las competencias autonómicas; desarrollo de las infraestructuras turísticas de su competencia; otorgamiento de las licencias que la legislación les atribuye en relación con las empresas y establecimientos turísticos como son las licencias de obras y de apertura; elaboración y aprobación de los instrumentos de planeamiento que les corresponde (planeamiento urbanístico o planeamiento sectorial) así como la participación en la formulación de los instrumentos de planeamiento estrictamente turístico; y, finalmente, los Entes locales disponen de las competencias que le sean delegadas, como es el caso de la actividad inspectora o sancionatoria.

Como hemos señalado, el turismo es ya una competencia de dimensión europea tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992. En efecto, en el artículo 3 letra t del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el turismo se nos presenta como uno de los espacios en los que la Unión tiene poderes para adoptar medidas tendentes a alcanzar los fines de la propia Unión europea.

Es obvia la importancia creciente del turismo en la dimensión europea. Su trascendencia económica es muy relevante para las arcas públicas comunitarias. En estos años ha sido tal la masificación de determinadas zonas de turismo de «sol y playa» que el incremento de la demanda turística en Europea, consecuencia del incremento del nivel de vida, demanda nuevas pers-

pectivas y planteamientos que empiezan a cuajar a través de nuevas formas de turismo rural, cultural, deportivo, naturalista que incorporan criterios y servicios cualitativos como puede ser el medio ambiente, la atención personalizada...

La Unión europea es sensible, lógicamente al turismo. Así, el Reglamento de la CE 797/85, en materia de turismo rural, establece ayudas para afrontar, en las estructuras agrarias, inversiones que tengan por objeto actividades turísticas y artesanales en explotaciones cuyo titular ejerza su actividad principal en el sector agrícola. La Resolución del consejo de 22 de diciembre de 1986 dispone un mejor reparto estacional y geográfico del turismo. La resolución del Parlamento europeo de 13 de julio de 1990 se refiere a la adopción de medidas necesarias para proteger el medio ambiente del posible deterioro causado por el turismo de masas.

En general, como señala el libro verde de la Comisión sobre el turismo, de 1985, el turismo tiene naturaleza multidisciplinar y transversal y debe plantearse con un enfoque complementario en relación con el resto de los sectores de la actividad económica.

Junto a medidas indirectas de promoción del turismo, cómo pueden ser los fondos FEDER, el FEOGA, los programas PRODER, LIDER o INTERREG, todos ellos instrumentos de financiación comunitaria, que tanto han ayudado a canalizar tantas iniciativas turísticas, nos encontramos con medidas comunitarias directas entre las que se encuentra la Decisión 92/421/CEE, de 13 de julio de 1992, del Plan de Acción Comunitaria; la Directiva 94/47/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; y, finalmente, la Directiva 95/57/CE, de 23 de noviembre de 1995, de desarrollo de estadísticas comunitarias.

En resumen: la actividad turística es transversal y se encuentra presente en materias tan variadas como ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, planificación económica, patrimonio histórico-artístico, cultura, ocio o seguridad ciudadana, materias todas ellas en las que existen obvias conexiones con los intereses públicos de naturaleza estatal o local. Es tal la amplitud de la materia que estamos estudiando que hasta puede señalarse que la acción pública en su conjunto, de una u otra manera, acaba afectando al turismo, sobre todo en un país como España, que vive y trabaja en buena medida pensando en el turismo.

#### **IV. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL**

En este contexto, se comprende perfectamente la necesidad de disponer buenos elementos de cooperación y colaboración entre los diferentes Entes públicos. Principio de cooperación que plantea, como presupuesto, un sistema de relaciones entre los Entes territoriales en que existan una serie de principios comunes que estén presididos por la buena fe y la confianza legítima.

En el tercer inciso del preámbulo de la Constitución, como sabemos muy bien, se plantea la cuestión de los derechos humanos y el reconocimiento de la identidad política y cultural de los pueblos de España, al señalar la necesidad de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas, tradiciones, lenguas e instituciones».

Este principio general expresado en el preámbulo se ve traducido, en el artículo 2 de la Constitución, en el reconocimiento de la identidad política de los pueblos de España, al garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española, así como la solidaridad entre todas ellas, lo que tras casi treinta años de desarrollo constitucional, en un modelo de Estado que goza de una razonable consolidación y estabilidad, como lo prueba la cantidad y calidad de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Y desde luego que, para muchos de nosotros, este respaldo jurídico-político a la realidad plural de España es uno de los principales aciertos de nuestra Constitución y un motor para nuestro progreso cultural y político.

Al abordar la cuestión de la cooperación en el marco de la articulación territorial de España desde los presupuestos que denomino del pensamiento compatible, es preciso poner en ejercicio las cualidades que definen este modo de pensamiento.

En primer lugar, el sentido realista, exige un esfuerzo de aproximación a la realidad y de apreciarla en su complejidad. No es que tal aproximación resulte fácil, o que lo encontrado en ella sea indiscutible, pero sin entrar en la discusión de fondo sobre las posibilidades del conocimiento humano, digamos que es necesario ese esfuerzo de objetividad, que no puede ser afrontado sin una mentalidad abierta. La mentalidad abierta, la ausencia de dogmatismos, es necesaria no sólo para comprender la realidad, sino para comprender también que puede ser entendida por diversos sujetos de formas diversas, y que esas diversas aproximaciones forman también parte de la realidad. La complejidad de lo real y su dinamismo deben ser abordados con una actitud adecuada, que en ningún caso pretenda negarla, y que integre

igualmente su complejidad, viendo como compatibles todos sus componentes, y su dinamismo. Por eso, la cooperación es posible cuando se entiende bien lo que supone la mentalidad abierta y que el interés general es un concepto abierto no susceptible de apropiación unilateral.

La realidad plural de España es aceptada por todos prácticamente. Ni desde los esquemas más ultramontanos del unitarismo español deja de reconocerse, con fórmulas más o menos pintorescas, la realidad diversa de los pueblos y autonomías de España. Pero desde ese planteamiento, tal variedad se aprecia como un adorno, o un accidente, de la unidad esencial española, como una entidad superficial, casi folclórica, podríamos decir, que no haría en todo caso más que resaltar el esplendor de lo que tenemos en común, que sería lo verdaderamente importante. Cuántas veces, en cuántas ocasiones, hemos escuchado retóricas exaltaciones de las literaturas o de las lenguas llamadas regionales, pongamos por caso, como apéndices o curiosas peculiaridades de una realidad cultural española —de fundamento castellano— supuestamente sustantiva y a la que aquellas otras se considera subordinadas. Y además, ante esas identidades culturales que se ven como secundarias o subordinadas, se manifiestan a continuación suspicacias contumaces cuando de ellas se quiere hacer un uso normal en todos los ámbitos de la vida y la actividad pública.

Por eso el acuerdo y mandato constitucional relativo a la defensa de la identidad cultural y política de los pueblos de España, o, por decirlo de un modo más amplio, la estructuración autonómica de España, me parece uno de los aciertos más importantes de nuestros constituyentes. Y también, por eso, porque responde a una realidad, y además una realidad que juzgo positiva, por cuanto realmente —no retóricamente— nos enriquece a todos, es por lo que desde el pensamiento compatible y dinámico no es posible una actitud que no sea de apoyo y potenciación para esas culturas, lejos de los que sienten nostalgia de un integrismo uniformante o de los que propugnan particularismos que consideramos excesivos. Así, por ejemplo, por muy conflictiva o problemática que pueda parecer a muchos la pluralidad cultural de España, en absoluto, desde el pensamiento compatible y dinámico, se puede mirar con nostalgia o como un proyecto de futuro una España culturalmente uniforme, monolingüe, por ejemplo, ya que esta aproximación sería una pérdida irreparable. Expresado positivamente, debo afirmar que no sólo deseo sino que apuesto por unas lenguas vasca, catalana, gallega o valenciana, pujantes y vigorosas y conformadoras del sentir de cada una de las comunidades que la hablan en el marco de un proyecto común abierto y de conjunto.

El pensamiento compatible y dinámico significa, según yo lo interpreto, entre otras cosas, la afirmación plural de la realidad española, incluso y sobre

todo desde la identidad gallega, vasca, catalana, andaluza o cualquier otra de las que integran España. Constitucionalmente esto es, me parece, incontestable, pero es necesario hacer de la propuesta jurídica algo vivo y real. Es necesario reiterar que la afirmación de la identidad particular de las Comunidades de España, no tiene, ni mucho menos, que suponer la negación de la realidad integradora de España. Y también parece menester repetir, por lo tanto, que la afirmación de España no puede ser ocasión para menoscabo alguno de la identidad particular.

La obligación de las instancias públicas de preservar y promover la cultura de las nacionalidades y regiones no es una concesión graciosa del Estado, sino un reconocimiento constitucional, es decir, constitutivo de nuestro régimen democrático. Por tanto, los poderes públicos no deben ser indiferentes ante los hechos culturales diferenciales. Pero igualmente la interpretación de esa obligación debe hacerse tomando en consideración un bien superior que a mi entender fundamenta la construcción constitucional de una España plural, que no es otro que el de la libertad. Solo en una España de libertades cabe una España plural. Pero las libertades son ante todo libertades individuales, de cada uno. Cualquier otra libertad será una libertad formal, o abstracta. Por eso la promoción de la cultura particular no podemos interpretarla sino como la creación de condiciones favorables para que los ciudadanos, libremente, la desarrollen, nunca como una imposición, ni como un proceso de incapacitación para el uso libre de los medios que cada uno considere oportunos para su expresión.

La solidaridad es otro principio central en la interpretación de la realidad plural de España. Pienso que nadie está legitimado en España para hablar de deuda histórica, porque todos somos deudores de todos, de ahí la pertinencia de España como proyecto histórico de convivencia, que a todos enriquece. Pero hoy, la solidaridad real exige justamente de los más ricos el allegamiento de recursos para atender a las personas y territorios más deficientes en medios, servicios y posibilidades. Sin embargo este planteamiento no puede hacerse con la pretensión de establecer un régimen permanente de economías subsidiadas. La solidaridad es también una exigencia para el que podríamos considerar beneficiado de ella, pues en su virtud le es exigible un esfuerzo mayor para superar su situación de atraso, asumiendo, desde luego, las limitaciones de sus posibilidades reales.

Treinta años después de la promulgación de la Constitución 1978, bien puede decirse que una de las cuestiones centrales de la historia reciente de España, la denominada «cuestión regional», encontró entonces una solución que nunca valoraremos suficientemente por lo que tiene de búsqueda de acuerdos, de superación de enfrentamientos y, sobre todo, de tolerancia,

de equilibrio, de colaboración y de reconocimiento de la realidad: el modelo autonómico.

La Constitución es el marco fundamental para la elaboración y ejecución de las políticas públicas y la expresión de un acuerdo mayoritario que debe preservarse y renovarse en el tiempo. Por eso, la realidad plural de España no sólo debe ser reconocida sino fomentada para que a través del «Estado de las Autonomías» se siga produciendo ese proceso de enriquecimiento dinámico que tiene como fundamento esa concepción integradora de la autonomía política y la consideración, también central, de la solidaridad como elemento básico de la definición constitucional de la distribución territorial del poder político. Además, el sistema autonómico se ha erigido en un magnífico marco para el desarrollo del autogobierno de las Autonomías en un contexto compatible y en un ambiente propicio para el desarrollo de la libertad de las personas. Es más, me atrevería a afirmar que el modelo autonómico goza de una razonable consolidación y estabilidad gracias al esfuerzo conjunto de todos los españoles.

Consolidación, no sólo por el significado cuantitativo de las competencias transferidas a las Comunidades Autónomas o por el modelo de financiación, sino por haber sabido potenciar de una forma equilibrada e integradora esa realidad plural que se manifiesta en un conjunto de identidades colectivas cohesionadas social y territorialmente por ese magnífico escenario de solidaridad y cooperación que es España. Por tanto, es menester seguir potenciando la personalidad propia de cada Comunidad Autónoma en sus diferentes peculiaridades al servicio de los ciudadanos porque la identidad propia debe ser asumida libremente por cada persona en un proceso dinámico denominado autoidentificación que nos acerca a la dimensión humanista que también caracteriza al modelo autonómico. Las realizaciones de los gobernantes autonómicos, en general, se han caracterizado por la afirmación de lo propio, en lo que tenemos de diferente, y también en lo que tenemos de común con el resto de los pueblos de España. La excepción está en la mente de todos y no necesita explicitarse.

Estabilidad, que se basa en la búsqueda permanente del equilibrio y en el recuerdo y aplicación del espíritu constitucional que trae su causa del consenso, del pacto, del esfuerzo común por encontrar aspectos de entendimiento con mentalidad abierta. En este sentido, me parece necesario afirmar la trascendencia de la cooperación, elemento clave para la estabilidad porque la cooperación implica, necesita, la diversidad, la aportación plural de los que cooperan y contribuyen a la consecución de un objetivo común dada la naturaleza compuesta del actual Estado autonómico. Este principio ha de traducirse en una actitud constructiva en la relación recíproca de todas las ins-



tancias, en un espíritu de trabajo conjunto para la resolución de problemas comunes. Por ello es preciso continuar avanzando en la utilización de técnicas de auxilio, colaboración y cooperación que conduzca a una gestión más eficiente de los intereses públicos y permitan reducir la presencia de las relaciones de conflicto en nuestro Estado autonómico.

La cooperación sólo parece posible desde la identidad en el contexto plural de respeto a las posiciones ajenas para así seguir avanzando en ese fecundo equilibrio que reclama la gente y en esa actitud de solidaridad que tanto tiene que ver con la propia historia de España, como realidad plural.

En el año de 1999, con ocasión de la última reforma de la ley del procedimiento administrativo, se incorporó una nueva regulación de la cooperación y colaboración a partir de un principio básico para entender el Estado de las Autonomías: la lealtad institucional; criterio que debe, en la fase en la que estamos, apuntalar la dimensión institucional de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas-Entes Locales para que estén presididas por los problemas reales de los ciudadanos.

Por otra parte, para mí no es baladí que la solidaridad aparezca en el mismo precepto constitucional que la autonomía política porque el bienestar general de todos los ciudadanos es un objetivo tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, lo que determina la necesidad de procurar un ejercicio responsable de las competencias en un contexto plural y desde una perspectiva cooperativa, también con el resto de las Autonomías. En este sentido, España ha llegado a un nivel de descentralización del gasto público mucho mayor que el de países tradicionalmente descentralizados por lo que también cuantitativamente ese horizonte de consideración y estabilidad en el que nos encontramos, nos anima a seguir trabajando conjuntamente al servicio de los ciudadanos.

Cuando se han cumplido ya cerca treinta años de la aprobación de la Constitución Española, sigue abierta la brecha de la lucha política en torno a la interpretación, posibilidades y futuro de todo lo concerniente a la articulación territorial de España. No es gratuito que tal cosa acontezca. La diversidad cultural, las diferencias geográficas entre unas y otras Autonomías, los dispares niveles de desarrollo y las distintas posiciones políticas propician el mantenimiento de la polémica y de la discusión en un terreno que constitutiva e históricamente es tan sensible para todos.

Pues bien, uno de los factores que más ha contribuido a mantener en vivo la cuestión que tratamos es el discurso autonomista, que estimula una reflexión más honda, más matizada y más respetuosa sobre cada realidad particular, que se integra en esta otra realidad que llamamos España.

A los constituyentes no les dolieron prendas en considerar a Cataluña, Euskadi y Galicia como nacionalidades. Esto dejó insatisfecho a los nacionalistas y le dolió a los unitaristas más fervorosos. Pero lejos de las cuestiones terminológicas, por muy importantes que sean, debemos centrar nuestra discusión en los hechos. España nos interesa, en primer lugar, como ámbito de convivencia de todos los que ocupan los solares peninsulares. Y la convivencia sólo es posible desde la plena aceptación de la identidad y el ser de cada quien. Pero no aceptación resignada o simplemente pasiva, sino aceptación comprometida en el respeto y en la decisión de fortalecer la identidad de cada entidad, de cualquier entidad.

Lo que nos interesa de España es la cooperación, la cooperación al bien de todos que viene a ser el mejor bien posible para cada uno, para cada uno contando con los demás. Pero donde hay unidad uniformante no hay cooperación, habrá operatividad o capacidad operativa. La cooperación como señalaba antes, implica, necesita la diversidad, la aportación diversa de los que cooperan y tienen un objetivo común. El objetivo común limita en cierto sentido la capacidad de movimiento y de decisión, pero en otro la potencia y enriquece. Y además la cooperación no comporta pérdida de identidad, antes bien sólo se hace posible desde la identidad, desde el propio genio, y sólo así interesa.

España nos interesa como ámbito de solidaridad, individual, pero sobre todo colectiva. No hablamos de una solidaridad en la que aparecen definidos de modo permanente los beneficiarios y los contribuyentes. Hablamos de una solidaridad en la que cada identidad tiene que allegar su esfuerzo según lo que pueda, y donde los que más reciban asuman la responsabilidad de rendir más para el común.

Por eso, me refiero a autonomía e integración, en un equilibrio que conviene encontrar entre todos para cada etapa histórica. No interesa la autonomía que olvida la integración —el ámbito más amplio de convivencia, cooperación y solidaridad— porque deviene particularismo. Y menos aún una supuesta integración que menoscabe la legítima autonomía. Esa no es la integración de la que estamos tratando.

La Constitución vigente proporciona un instrumento jurídico y político adecuado para la consecución de tan fecundo equilibrio que tenemos que saber encontrar y desenvolver inteligente y respetuosamente los unos con los otros.

La solidaridad busca ámbitos de convivencia y de cooperación, lo que supone aceptar previamente el pluralismo social, refrendado por una acción pública que persigue ampliar los campos de la libertad y de la participación.

Partiendo de la consideración de valores superiores como la convivencia, la cooperación y la solidaridad, lo que interesa es la organización del

Estado como ámbito de convivencia de todos los que ocupan los solares del territorio, a sabiendas de que la convivencia sólo es posible desde la plena aceptación de la identidad y el ser de cada quien, y no una aceptación resignada o simplemente pasiva, sino una aceptación comprometida y decidida en el fortalecimiento de cada entidad, de cualquier entidad. Ahora bien, no se puede olvidar que son también constitutivos de las entidades lo que en ellas haya de vinculante, o de común con otras, lo que nos permitirá comprometernos definitivamente con toda entidad en un contexto integrador.

Autonomía e integración configuran un ambiente de equilibrio que debemos buscar entre todos para cada etapa histórica. No interesa la autonomía que olvida la integración —la convivencia, la cooperación, la solidaridad— porque acaba en particularismos. Pero aún interesa menos una supuesta integración que menoscabe la legítima autonomía. Por eso el equilibrio que afirmamos entre autonomía e integración no quiere decir autonomía tímida o integración moderada, sino que ambos términos se exigen mutuamente. La autonomía sin integración no es autonomía, sino disgregación; la integración sin autonomía es uniformización.

Unidad y autonomía son en cierto modo las dos mitades inseparables y complementarias de una misma realidad jurídico-política. Como tal status, la autonomía debe tener unos límites precisos y naturales que derivan de las exigencias del principio de unidad.

Entre estos límites dos aparecen como fundamentales: el límite del interés general y el límite de la igualdad. El primero parte de que la autonomía se atribuye a cada ente para la gestión de sus respectivos intereses, lo cual presupone la existencia de un conjunto de intereses comunes a todo el Estado que trascienden a los primeros y que en principio correspondería garantizar y satisfacer a éste, si bien tampoco pueden resultar ajenos a las Entidades Territoriales. El segundo de estos límites haría referencia a la igualdad garantizada por la Constitución al reconocer que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

Ambos principios confluyen por tanto en una idea de Estado no rígida, dogmática o excluyente, sino flexible e integradora en función del carácter plural de nuestra realidad social, en el que conviven una realidad estatal titular de la soberanía junto con una realidad territorial plural que forma parte de ella y en la que la autonomía cobra su sentido.

Ahora bien, los elementos del modelo no se agotan en esta dualidad, que por sí sola llevaría a un esquema rígido de relaciones, en el que cada ente actuaría de forma independiente y separada de los demás dentro de su ámbito de competencias. Unidad y autonomía son dos principios potencialmente contradictorios, uno centrípeto y otro centrífugo, cuya oposición lleva-

ría a tensiones que deben ser resueltas a través de técnicas de convergencia que posibiliten un funcionamiento ordenado, eficaz e integrado del sistema.

Es en este ámbito donde deben enmarcarse los principios de solidaridad y de cooperación. El primero reconocido desde el texto constitucional, el segundo extraído de la esencia del propio modelo de Estado y de la lógica jurídico-política, y sancionado por la experiencia de los modelos comparados.

La ignorancia de ambos llevaría necesariamente a la rigidez e inoperancia del sistema, al conflicto permanente y al vaciamiento del principio de igualdad. El principio de solidaridad entre todos los territorios será el que permita un desarrollo equilibrado del nuevo modelo de descentralización política. La autonomía favorece la libertad de decisión de las distintas colectividades, pero esta libertad viene modulada y en ocasiones limitada por las exigencias de los principios de solidaridad y cooperación, aunque como veremos, si del primero de estos principio se pueden extraer verdaderos compromisos e instrumentos de actuación, del segundo la voluntariedad de las partes condiciona claramente sus efectos.

Efectivamente, el principio de solidaridad hace referencia fundamentalmente a un objetivo programático que la Constitución impone en su artículo 138.1, el de corregir las desigualdades territoriales en el desarrollo económico y en la distribución de la riqueza.

Por su parte, el principio de cooperación se desenvuelve en el ámbito de las relaciones entre los distintos entes territoriales, tanto vertical como horizontalmente, y surge de la evidencia de la necesaria complementariedad del ejercicio de las propias competencias con la concurrencia en actuaciones comunes de los diferentes poderes públicos, a partir de las cuales se tratan de obtener beneficios recíprocos, una mayor efectividad en el ejercicio de las competencias compartidas o el funcionamiento armónico de un sistema cuyos elementos son interdependientes.

El principio de cooperación entre las Administraciones públicas, sean cuales sean (general, autonómica o local) es una exigencia del entendimiento abierto, plural, dinámico y complementario del interés general tal y como sugiere el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

Sabemos, ejemplos hay a diario, que no siempre se produce esta dimensión de la cooperación precisamente porque en lugar de tener presente el bienestar general de los ciudadanos, únicamente se valoran circunstancias de oportunidad parciales como pueden ser las partidarias. Por ello, los instrumentos jurídicos expresamente previstos en la ley: conferencias sectoriales, convenios de colaboración, elaboración de programas y planes conjuntos... son una magnífica ocasión para superar un entendimiento de la cooperación que, en

ocasiones —cada vez en menos, ciertamente— adquiere matices de confrontación y enfrentamiento partidario.

En la medida en que la profesionalización de la función pública sea más sólida y en la medida en que la idea de «servicio objetivo al interés general» cale con mayor hondura en todos y cada uno de los empleados públicos, será más difícil que se politice la Administración y que se confunda el partido que gobierna con la Administración pública.

Pienso que, poco a poco, las exigencias de lo que denomino pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario están penetrando también en el mundo de la función pública y que, por ello, la perspectiva más humana de la reforma administrativa, la que apuesta por colocar a la persona en el centro de la actividad pública, está en muy buenas condiciones de orientar meros esquemas de cooperación y colaboración desde dos nuevos principios recientemente recogidos en nuestro Derecho. La lealtad constitucional y la confianza legítima. Ambos, deudores de otro gran principio como es el de la buena fe, criterio jurídico de amplio alcance que se aplica sobre todo el ordenamiento jurídico.

La cooperación con las Comunidades Autónomas y con los Entes locales, entendida en el más amplio sentido institucional, ha de ser uno de los objetivos fundamentales en materia turística. Se establece como una filosofía de colaboración mutua a través de políticas activas de ejecución coordinada a todos los niveles e instrumentada principalmente alrededor de la Conferencia Sectorial de Turismo, cuyo fin es asegurar la coherencia necesaria entre las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas, así como la colaboración ente las mismas en el ámbito de sus respectivas competencias. De esta Conferencia Sectorial han surgido distintas iniciativas como ayudas para las pequeñas y medianas empresas turísticas o incluso el propio Plan Futures.

Otra técnica de articulación entre las distintas Administraciones es la celebración de convenios de colaboración en los términos previstos en la Ley 30/1992. Estos convenios se han celebrado tanto con Administraciones autonómicas como locales y se refieren a diversas materias entre las que destacan los programas de excedencia turística.

Dentro de la organización de la Administración General del Estado, corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Secretaría de estado de Comercio, Turismo y de la Pequeña y Mediana Empresa, el ejercicio de las competencias que corresponden al Estado en materia de turismo, y el Organismo Autónomo Instituto de Turismo de España (TURESPAÑA) dedicado a actividades de promoción turística en los mercados internacionales y a la gestión y explotación de determinados establecimientos turísticos. Asume funciones de estudio y asesoramiento, así como de coordinación entre los dis-

tintos Departamentos Ministeriales, la Comisión Interministerial de Turismo, en la que se integran representantes del Ministerio de Economía y Hacienda, Interior, Fomento, Medio Ambiente, Educación y Cultura, Trabajo y Asuntos Sociales, y finalmente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

La participación de los distintos sectores administrativos, económicos y sociales afectados se canaliza a través del Observatorio del Turismo, del que forman parte representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, organizaciones sindicales, asociaciones de consumidores y usuarios, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, medios de comunicación social, Universidades y Escuelas públicas y privadas de Turismo.

En cuanto a la organización autonómica, la misma se caracteriza por su notable variedad y por el distinto rango (Consejería, Viceconsejería, Dirección General) del órgano administrativo que ejerce las competencias sobre la materia.

Por otra parte, muchas Comunidades Autónomas han regulado el ejercicio de sus competencias mediante normas legales de diverso contenido (9) y alcance y en algunas de ellas, se han creado Órganos de Administración Consultiva de participación de los sectores implicados en la actividad turística.

## **V. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA TURÍSTICA**

En el Tratado de Roma de 1957 por el que se creó la Comunidad, no se otorgó al turismo la categoría de subsector económico dentro del sector ter-

- 
- |                            |                                 |
|----------------------------|---------------------------------|
| (9) – Andalucía .....      | Ley 12/1999, de 15 de diciembre |
| – Aragón .....             | Ley 5/1993, de 29 de marzo      |
| – Asturias.....            | Ley 2/1986, de 28 de abril      |
| – Castilla-La Mancha ..... | Ley 8/1999, de 26 de mayo       |
| – Castilla y León.....     | Ley 10/1997, de 19 de diciembre |
| – Islas Baleares .....     | Ley 2/1999, de 24 de marzo      |
| – Islas Canarias .....     | Ley 7/1995, de 6 de abril       |
| – Cantabria .....          | Ley 5/1999, de 24 de marzo      |
| – Cataluña .....           | Ley 2/1989, de 16 de febrero    |
| – Extremadura .....        | Ley 2/1997, de 20 de marzo      |
| – Galicia .....            | Ley 9/1997, de 21 de agosto     |
| – La Rioja .....           | Ley 3/1990, de 29 de junio      |
| – Madrid .....             | Ley 1/1999, de 12 de marzo      |
| – Murcia .....             | Ley 11/1997, de 12 de diciembre |
| – Navarra .....            | Ley 14/1997, de 17 de noviembre |
| – País Vasco .....         | Ley 6/1994, de 16 de marzo      |
| – Valencia .....           | Ley 3/1998, de 21 de mayo       |

ciario ni se habló de él, ya que entonces no se podría prever el grado de expansión y sofisticación que alcanzaría, tan sólo diez años más tarde.

Con la ampliación de la Comunidad (1981-Grecia, 1986-España y Portugal), el turismo empieza a tener un cierto interés para la Comunidad, aunque en ningún caso prioritario.

En julio de 1982, se presentó la primera «comunicación» al Consejo sobre las «primeras orientaciones de una política comunitaria de Turismo». Una vez discutido en la Comisión del Parlamento Europeo, en el Comité Económico y social y en el Comité de Representantes Permanentes (COREPER), el memorándum de la Comisión fue objeto de una Resolución del Consejo el 10 de abril de 1984 y publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 30 de abril de 1984, y que se limitaba a coordinar las acciones comunitarias susceptibles de favorecer el desarrollo del turismo, sin ninguna pretensión de coordinación de las políticas de cada país.

El Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht, reconoce por primera vez que entre las actuaciones que deben llevarse a cabo hay que incluir una serie de medidas en el ámbito del turismo. En concreto es el artículo G que modifica el artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea —a partir de entonces simplemente Comunidad Europea—, cuya letra «t» habla de «medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo».

Como desarrollo de esta idea se ha aprobado por la Comisión el Libro Verde sobre el papel de la Unión en materia de turismo, cuyo objetivo primario es abrir una consulta amplia sobre el papel de la Unión en el turismo, en la que podrán participar tanto personas públicas como privadas, en niveles regionales, nacionales o internacionales.

En este Libro Verde se afirma también el carácter multidisciplinar y transversal del turismo, así como su complementariedad con los diferentes sectores de actividad, lo que explica que muchas medidas tengan incidencia sobre el turismo.

Posteriormente la Comisión presentó en 1997 un informe sobre las medidas comunitarias que afectan al turismo en el que se afirma la contribución de las medidas comunitarias en favorecer la movilidad de los ciudadanos y su acceso al turismo, así como mejorar la protección de los turistas como consumidores, mejorar el entorno económico y social, para el desarrollo de actividades turísticas y obtener un desarrollo turístico equilibrado y sostenible. Sin embargo esta situación está muy alejada de cualquier pretensión de establecer una política turística común ya que los avances de la Unión Europea en esta materia se han basado sobre todo en medidas indirectas destinadas a

otros sectores y relacionadas con el turismo como transporte, la política regional, el medio ambiente, la protección al consumidor o la preservación del patrimonio cultural y natural en los que existe una más amplia competencia comunitaria.

En este sentido, BLANQUER (10) ha señalado una serie de medidas que afectan al sector turístico, entre las que se encuentran: la política de protección a los consumidores: viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados; las facilidades policiales, monetarias y aduaneras entre los ciudadanos miembros de la Unión, con especial referencia a la política de libre circulación y protección a los turistas; la política sanitaria (enfermedades y accidentes); la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión; la libertad de establecimiento y de prestación de servicios; la armonización fiscal, con especial referencia al Impuesto sobre el Valor Añadido en agencias de viajes y alojamientos turísticos; la política regional de la Unión Europea, con referencia al desarrollo del turismo en las zonas menos favorecidas; y la política de transportes: liberalización del transporte aéreo, y armonización del transporte terrestre, ferroviario y marítimo.

Por último, en 1996 se aprobó un programa plurianual en favor del turismo europeo, el denominado programa «Philoxenia», con vigencia hasta el año 2000, cuyos objetivos fundamentales son los siguientes:

1. Mejorar el conocimiento del sector turístico europeo, desarrollando la información en la materia, centralizando la información turística procedente de otras fuentes y facilitando la evaluación de las fuentes comunitarias que afecten al sector.
2. Mejorar el entorno legislativo y financiero comunitario del turismo, estrechando la cooperación de los Estados miembros.
3. Mejorar la calidad del turismo europeo, promoviendo el turismo duradero, para lo cual es necesaria la supresión de obstáculos que puedan frenar el desarrollo de este sector.
- 4.- ncrementar el número de turistas procedentes de terceros países, incentivando la promoción de Europa como destino turístico.
5. Fomentar el crecimiento económico y la creación de empleo en los países de la Unión.

---

(10) D. BLANQUER, *Derecho del Turismo*, op. cit., p. 206.



## VI. BIBLIOGRAFÍA

- F. BAYÓN MARINÉ, *Competencias en materia de turismo*, Madrid, 1992.
- J. BERMEJO VERA, «Administración pública y turismo», *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 223, 1984.
- J. BERMEJO VERA, «Régimen jurídico de los municipios turísticos», *Documentación Administrativa*, nº 259, 2001.
- D. BLANQUER CRIADO, *Derecho del Turismo*, Valencia, 1999.
- A. CALONGE VELÁSQUEZ, *El Turismo: aspectos institucionales y actividad administrativa*, Valladolid, 2000.
- J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ, Director, *Derecho Público del Turismo*, Madrid, 2004.
- M.J. GALLARDO GARRIDO, «La ordenación jurídica del turismo», *Revista Andaluza de Administración pública*, nº 25, 1996.
- M.J. GALLARDO GARRIDO, «La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las leyes autonómicas: su promoción y ordenación», *Documentación administrativa*, nº 259, 2001
- J.L. MEILÁN GIL, *La ordenación jurídica de las autonomías*, Madrid, 1988.
- R. PÉREZ GUERRA y M.M. CEBALLOS MARTÍN, «A vueltas con el régimen jurídico administrativo de la distribución de competencias en materia de turismo y otros títulos que inciden directamente sobre el mismo: el ejercicio de las competencias turísticas por la Comunidad Autónoma de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración pública*, nº 27, 1996.
- E. ROCA ROCA y J. PÉREZ MARTOS, «Administración municipal y turismo», *XI Congreso Italo-español de profesores de derecho administrativo*, Barcelona, 1998.

# LA CLASIFICACIÓN HOTELERA EN LA UNIÓN EUROPEA: UN MERCADO POCO COMÚN

RAMÓN ARCARONS I SIMÓN, VÍCTOR GOITIA SERRA, NURIA GONZÁLEZ AZNAR

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.— II. LA ARMONIZACIÓN HOTELERA: UN PROCESO EN MARCHA: 1. Los primeros pasos: A) *International Union of Official Travel Organisations (IUOTO)*. B) *World Tourism Organisation (IUOTO)*. C) *Unión Europea – HOTREC*. D) *Estandarización de símbolos y terminología. WTO, CEN, ISO*. E) *Últimas actuaciones, en la Unión Europea*.— III. EL PANORAMA ESTELAR EUROPEO: 1. Alemania. 2. Austria. 3. Benelux. 4. Chipre. 5. Dinamarca. 6. Eslovaquia. 7. Eslovenia. 8. Finlandia. 9. Francia. 10. Grecia. 11. Italia. 12. Lituania. 13. Portugal. 14. Reino Unido. 15. Suecia.— IV. ESPAÑA, UN PAÍS CON 19 NORMATIVAS HOTELERAS.— V. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN FINAL.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** ¿Son las estrellas símbolo de calidad en los establecimientos hoteleros? ¿Son las mismas estrellas, las que iluminan toda Europa? Estas son preguntas que se hacen muchas personas en el momento de seleccionar su alojamiento turístico. A día de hoy, pocas han sido las iniciativas europeas armonizadoras de los sistemas de clasificación hoteleros aplicables en los distintos países miembros. Tal hecho, conlleva la coexistencia en Europa de normativas voluntarias y obligatorias, clasificaciones con categorías que no se corresponden a las tradicionales estrellas y criterios que varían mucho de un país a otro. Un panorama dispar, que bien seguro condicionará el futuro de muchas empresas y algunos destinos turísticos.

**Palabras clave:** hoteles; clasificación hotelera; estrellas; inspección; Estado, regiones, asociaciones.

**ABSTRACT:** *Are the stars symbol of quality in hotels? Are the same stars, those which illuminate Europe? These are questions that many people ask themselves, when they have to select their accommodation. Nowadays, there have been a few number of initiatives, having as objective the harmonization of the classification systems existing in the European Union. This fact implies the coexistence in Europe of compulsory and voluntary laws, classifications that do not correspond with the traditional star-system, and criteria that vary from one country to other. This creates an uneven panorama, which will certainly influence the future of many enterprises and some touristic destinations.*

**Key words:** hotels; hotel's classification; stars; inspection; State; regions; associations.

## I. INTRODUCCIÓN

¿Aún se pueden ver las estrellas? ¿Las estrellas son sinónimo de calidad? ¿Son las estrellas el único sistema de clasificación factible? ¿Se pueden armonizar las estrellas de la Unión Europea en 5 únicas categorías que guíen el «viaje» de turistas y tour-operadores?

El sector hotelero intenta, desde hace años, poner en marcha un proceso de armonización de las diferentes normativas de clasificación hotelera a nivel europeo. Tal proceso tiene por objetivo la unificación de criterios, de forma que el sistema de estrellas se convierta en un fiel indicador de la calidad de los establecimientos hoteleros.

Las normativas de clasificación hotelera están teóricamente destinadas a la protección del consumidor, ofreciéndole una idea de los estándares de calidad que debe cumplir un establecimiento hotelero y dotando así de una mayor transparencia al sector. Pese a ello, muchas de estas normativas son creadas sin tener en cuenta las necesidades reales del sector turístico, entorpeciendo de tal manera el funcionamiento del mismo.

Por todo ello, resulta inconcebible que en pleno siglo de unificación socio-económica, Europa presente un mercado turístico tan poco común. No hay que olvidar que el turismo representa para muchos de los Estados miembros, un pilar fundamental de sus economías. Está claro que el turismo no recibe un trato correlativo a la importancia que tal actividad tiene en el antiguo continente.

En el año 2007, todavía nos encontramos con países que siguen aplicando normativas puestas en marcha en 1986, como es el caso de Francia o el del sistema suizo creado en 1979. Dichos ejemplos son tan solo una pequeña expresión de la magnitud del problema. Este desfase temporal hace que el objetivo de proteger a los consumidores pueda ser puesto en entredicho, convirtiéndose en una necesidad ineludible la creación de «sistemas actuales», capaz de satisfacer las necesidades reales de los turistas y consumidores.

En el caso de Francia, el secretario de Estado francés para el turismo, Luc Chatel, mostró su intención (julio 2007) de «desempolvar» el sistema de clasificación francés, para de este modo «*crear una oferta más comprensible para los turistas y consumidores*». En este mismo sentido se mostró a favor de la armonización de los sistemas de clasificación europeos.

Se trata, sin duda, de un tema que preocupa al sector, como así lo demuestra el, recientemente aprobado Plan del Turismo Español Horizonte 2020. Dicho Plan considera urgente llevar a cabo la revisión del actual sistema de catego-

rización de los hoteles; que por otro lado lleva siendo solicitada desde hace tiempo por los profesionales hoteleros. En este sentido, la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) está trabajando en un nuevo proyecto para marcar unos estándares que permitan una clasificación más acorde con la realidad turística española.

Las normativas hoteleras, según dicen los profesionales, tienen por objetivo la facilitación al consumidor de una idea sobre los estándares de calidad y confort de las diferentes categorías hoteleras. Delante de tal afirmación, se puede uno preguntar: ¿Cómo, un concepto que ha evolucionado tanto en los últimos años y que engloba tal cantidad de aspectos, tanto subjetivos como objetivos, puede ser resumido en un listado de requisitos estructurales a cumplir?

*«La clasificación hotelera es un asunto en el que estamos muy centrados»,* aseguraba, hace unos meses, en declaraciones a Hosteltur el secretario general de la CEHAT, Ramón Estalella. Ya en agosto del año pasado, Estalella se refirió a la situación que se vive tanto en España como en Europa, donde *«de los 25 países, sólo 18 tienen sistemas de clasificación y de éstos, dos son voluntarios para los hoteles»*. En nuestro país, además de la clasificación general, existen denominaciones que otorgan las Comunidades Autónomas, 'Lujo' y 'Gran Lujo', que *«lo único que hacen es añadir más confusión»*.

Dentro de las actividades llevadas a cabo desde el área de Derecho del Turismo, de la EUHT CETT (centro adscrito a la Universidad de Barcelona), en estos últimos años, hemos intentando contestar a esta y otras preguntas que vinculan la docencia en Derecho y Turismo a la realidad profesional del sistema turístico.

En esta línea, se ha desarrollado, el Proyecto Fin de Carrera: ¿Aún se pueden ver las estrellas?, de los, hoy, Diplomados en Turismo, Nuria González Aznar i Víctor Goitia Serra, que con la calificación de 10 (Matricula de Honor), superaron con excelencia sus Estudios de Turismo.

A partir de dicho Proyecto y, con las aportaciones realizadas desde los ámbitos docentes, se presenta el artículo «La clasificación hotelera en la Unión Europea: un mercado poco común» en el que trasladamos nuestra experiencia docente, profesional y, académica, para intentar responder a esta (¿Aún se pueden ver las estrellas?) y otras preguntas que sin duda inciden en la actual realidad del sistema turístico y, de forma muy especial al funcionamiento, estructuras y organización de la mayor parte de nuestra industria turística.

## **II. LA ARMONIZACIÓN HOTELERA: UN PROCESO EN MARCHA**

La Unión Europea pretende dar una imagen de unidad, tanto económica como social, y los sistemas de clasificación hotelera son un punto negro en tales objetivos. En los últimos meses han sido múltiples y diversas: las opiniones, debates, informes, artículos, etc, de profesionales, empresarios, organismos públicos y privados que han alzado la voz y han pedido la creación de un sistema único de clasificación, que permita a la Unión Europea posicionarse como un destino sólido y competente.

La calidad, concebida como el conjunto de características de un producto o servicio que permiten la satisfacción de las necesidades de los clientes a través del consumo de tal, se ha convertido en un elemento decisivo para el éxito de las empresas. En un mundo en el que la competencia es muy feroz, la calidad ha llegado a ser clave para la diferenciación de un producto o servicio. Por otro lado, tal elemento incluye tal cantidad de variables que hace muy complejo su estudio y su aplicación en los procesos de gestión de las empresas.

En España, el modelo actual es calificado de obsoleto por los profesionales hoteleros, debido a que califica esencialmente los elementos estructurales de los establecimientos, dejando de lado otros aspectos tan importantes como el servicio. En ocasiones, se puede llegar a olvidar que el sector turístico y aún más el hotelero, se caracteriza por estar formado por personas que sirven a personas.

El capital humano tiene un gran peso a la hora de prestar un servicio y puede influir en gran medida en la percepción o no de calidad. Conocida la dificultad que conlleva el hecho de medir tales variantes, debido a la gran subjetividad que las envuelve, y la imposibilidad de incluirlas en las normativas de clasificación hotelera, se plantean varios problemas al respecto. Pensamos que reducir la calidad a aspectos meramente físicos, dista mucho de la concepción actual que se tiene de tal término.

### **1. Los primeros pasos**

La necesidad de establecer una normativa europea o mundial de clasificación hotelera no es la primera vez que aparece en la agenda de los organismos turísticos internacionales. Han sido múltiples las voces que desde el creciente y sostenible aumento del turismo internacional, después de la II Guerra Mundial, han considerado conveniente el establecimiento de un sistema de clasificación único.

La protección del consumidor ha sido un tema recurrente en los organismos e instituciones europeas, derivándose de ellos diferentes directivas y regla-

mentos en materia turística impulsados por la Oficina de Protección al Consumidor Europea, con efectos claramente determinantes para el funcionamiento del propio sistema turístico. Pese a estas actuaciones, cabe considerar que el turismo sigue siendo un tema bastante olvidado en el seno de la Unión Europea. El sector hotelero es un ejemplo de tal vacío legal, en cuanto a normativas europeas se refiere.

No obstante, es importante resaltar la existencia de diversos precedentes en este proceso de «normalización» hotelera, tanto a nivel europeo como mundial.

### **A) International Union of Official Travel Organisations (IUOTO)**

En el año 1952 se crea *International Union of Official Travel Organisations* (IUOTO) en Ginebra. Esta organización no gubernamental estaba formada en sus inicios por 109 Organizaciones Turísticas y 88 miembros afiliados, procedentes tanto del sector privado como del público. La creación de tal organismo se debió al creciente interés a nivel mundial por el turismo, al convertirse éste en una práctica cuanto menos habitual entre los ciudadanos de los países desarrollados.

A partir de los años 60 se hizo clara la necesidad de actuar para controlar el gran desarrollo que estaba experimentando el sector turístico. No es de extrañar que en 1969, dentro del programa de acciones del citado organismo se incluyeran trabajos y debates sobre los sistemas de clasificación hotelera estatales. Pese a que se planteó la posibilidad de establecer un sistema mundial de clasificación, fueron pocos los que dieron soporte a tal iniciativa. En 1971 se estableció, como criterio básico y general, que solo los sistemas de clasificación regional, desarrollados mano a mano con los profesionales de la industria hotelera, podían tener validez.

### **B) World Tourism Organisation (IUOTO)**

En 1975 IUOTO desaparece y en su lugar se crea World Tourism Organisation (WTO), que heredó las funciones del organismo turístico antecesor. Siguiendo los pasos de IUOTO, entre 1976 y 1982, promovió la creación de sistemas de clasificación hotelera regionales.

En 1985 la WTO, dentro de su programa de actividades, definió una serie de acciones prioritarias, con la finalidad de homogeneizar los procesos de gestión de la actividad turística a nivel mundial. Para llevar a cabo dichos objetivos se decidió investigar el funcionamiento, a nivel mundial, de las diferentes normativas de clasificación hotelera, llevando a cabo dos «macro-encues-

tas» entre los diferentes estados miembros. De estas encuestas se derivó el siguiente estudio: «*Interregional Harmonization of Hotel Classification Criteria on the Basis of the Classification Standards adopted by the Regional Commissions*», presentado al Consejo Ejecutivo de la WTO en Fez (Marruecos) 1988.

La última acción llevada a cabo por WTO en colaboración con IH&RA (Asociación Internacional de Hoteles y Restaurantes), fue el estudio: «*The Joint WTO & IH&RA Study on Hotel Classification*». Este estudio fue publicado en 2004 y en él se muestra la situación mundial en cuanto a sistemas de clasificación se refiere. Para la elaboración de tal, se encuestaron 108 países. La WTO se encargó de encuestar las Administraciones Nacionales de Turismo de 89 países, mientras que IH&RA hizo lo mismo con las Asociaciones Nacionales de Hoteles de otros 32.

### **C) Unión Europea – HOTREC**

En 1982 la Comunidad Económica Europea (CEE) propuso la creación de un sistema de clasificación europeo. Esta iniciativa generó una gran polémica entre la Confederación de Hoteles, Restaurantes y Cafés de la Unión Europea (HOTREC), en contra de ella y la Comisión de Servicios de la Unión Europea, propulsora de tal iniciativa. Tras muchas discusiones, HOTREC, con el objetivo de dotar de una mayor transparencia al sector y de favorecer la posibilidad de acceder a información más relevante por parte de los consumidores, propuso la creación de un sistema de información hotelera estandarizado, basado en símbolos gráficos, pero que no tenía en cuenta la clasificación.

En 1988 la HOTREC realizó un estudio que recogía y comparaba los diferentes sistemas de clasificación existentes en la Unión Europea, analizaba los principales problemas de clasificar los establecimientos hoteleros, así como los problemas relacionados con la clasificación de los hoteles dentro Comunidad Económica Europea y recogía información sobre las necesidades de los consumidores en tal materia. El estudio se llamó: «*Proposed Uniform Hotel Information System for Hotels in Member States of the European Economic Community*». Tal estudio concluyó con la dificultad de establecer una normativa europea de clasificación hotelera y con la necesidad de establecer un mejor sistema estandarizado de información.

### **D) Estandarización de símbolos y terminología. WTO, CEN, ISO**

La estandarización de símbolos y terminología ha sido tratada por diferentes organismos turísticos internacionales. Así, por ejemplo, la WTO esta-

bleció en 1989 «*La Estandarización de Señales y Símbolos Turísticos*», relacionados con los atractivos turísticos así como los servicios e instalaciones. Por otro lado, el *Comité Européen de Normalisation* (CEN) en colaboración con *International Organisation for Standardisation* (ISO) estableció a principios de los 90 un seguido de símbolos relacionados con los servicios ofrecidos por los hoteles y los restaurantes dentro de la Unión Europea.

En los años 90, los esfuerzos de los organismos turísticos europeos se centraron en la armonización de las descripciones de los servicios turísticos.

En 1996, CEN creó un grupo de trabajo dentro de su Comité Técnico, al que le encargó el estudio de la viabilidad de crear un sistema de clasificación de hoteles internacional. Esta acción se planteó como respuesta a la petición que *Alliance International du Tourisme & International Automobile Federation* (AIT/FIA) había hecho a ISO para la creación de un estándar de clasificación internacional. HOTREC y IH&RA mostraron su firme oposición a la creación de un sistema de clasificación único, ante la gran dificultad de unificar todos los criterios existentes y los aspectos culturales que impregnan cada una de las normativas estatales. Paralelamente, CEN se puso manos a la obra para la armonización de la terminología turística.

En 1997 ISO creó un grupo de trabajo que se centró en el estudio de los servicios de las empresas de alojamiento. Por otro lado, se extendió el área de estudio del grupo de CEN que trabajaba sobre la armonización de la terminología turística, al cual también se le encargó el estudio de la calidad en los servicios de alojamiento.

Estas actuaciones llevaron a proponer a ISO, que la ISO 9000 se convirtiera en la base para la creación de un estándar internacional de clasificación de hoteles. HOTREC e IH&RA mostraron nuevamente su oposición a tal medida, ya que según ellos la ISO 9000 solo trataba los requisitos mínimos y no establecía los diferentes niveles de estándares para una posterior clasificación.

Finalmente, ISO y CEN desistieron en la creación de un único sistema de clasificación y centraron todos sus esfuerzos en la unificación de términos turísticos. Tal acción fue acometida a través de la publicación en Enero de 2001 por parte de CEN del «*Estándar Europeo de Servicios Turísticos – Hoteles y Otros Tipos de Alojamientos Turísticos – Terminología*».

## **E) Últimas actuaciones, en la Unión Europea**

En mayo de 2003 el Comité Parlamentario Europeo en Política Regional, Transporte y Turismo (RETT) pidió a la Directiva General de Investigación que



llevara a cabo un estudio sobre la clasificación de hoteles en la Unión Europea. La intención era de revisar los sistemas existentes en los Estados Miembros, sin aún saberse el objetivo final de tal acción.

### **III. EL PANORAMA ESTELAR DE LA UNIÓN EUROPEA**

Europa presenta un panorama, cuanto menos singular, en cuanto a normativas de clasificación hotelera se refiere. Una actividad, como el turismo, que se ha convertido en una práctica mundial que arrastra a más de 850 millones de personas a desplazarse de un lugar a otro del mundo y que es sustento de muchas economías, no ha conseguido promover la aplicación de normativas globales que faciliten la protección de los consumidores y la comprensión, por su parte, de un sector ya de por sí complejo.

En Europa las diferencias se acentúan, presentando una realidad diferente, ya que sus enfoques hunden sus raíces en diversas y variadas tradiciones culturales y administrativas. Así por ejemplo, mientras Finlandia no dispone de un sistema propio, España e Italia disponen de varias normativas, al derivar la competencia turística a las diferentes regiones y comunidades autónomas que las conforman. Por otro lado, Luxemburgo y Bélgica disponen de un sistema común de clasificación; Irlanda y Lituania presentan criterios muy parecidos de clasificación y Suecia y Dinamarca presentan dos sistemas bastante similares. No todos los países tienen clasificación y en los que existe, clasificarse puede ser obligatorio o voluntario. El número de estrellas también plantea, con matices, un cierto grado de diversidad, lo mismo que los plazos para llevar a cabo revisiones de dichas clasificaciones o el mismo tamaño de las habitaciones de cada uno de los establecimientos.

**Cuadro 1. CLASIFICACIÓN HOTELERA EN LA UNIÓN EUROPEA**

<b>País</b>	<b>Oficial</b>	<b>Ámbito</b>	<b>Año creación</b>	<b>Última modif.</b>	<b>Régimen</b>	<b>Estrellas</b>	<b>Órgano creador</b>	<b>Revisiones periódicas</b>	<b>Financiación</b>
Alemania	Si	Nacional	1996	2005	Voluntario	1-5		3 años	
Austria	Si	Nacional	90s	2005	Voluntario	1-5			Privada
Benelux	Si	Regional	1984-1989	1996-1996	—	1-5	—	—	Privada
Bélgica	Obligatorio				Regiones				
Luxemburgo	Si				Nacional		Voluntario	Estado	
Bulgaria	Si	Nacional	—	—	—	Estado	—		
Chipre	Si	Nacional	1969	2000	Obligatoria	1-5			
Dinamarca	Si	Nacional	1997	—	Voluntario	0-5			Anual
Eslovaquia	Si	Nacional	2001	—	Obligatoria	1-5			
Eslovenia	Si	Nacional	1997	—	Obligatoria	1-5	Estado	3 años	
España	Si	Regional	1968	1983	Obligatoria	1-5			
Estonia	Si	Nacional	1993	2004	Voluntario	1-5			2 años
Finlandia	No	—	—	—	—	—	—	—	—
Francia	Si	Nacional	1942	1986	Voluntario	0-4			Aleatorio
Grecia	Si	Nacional	40s	2003	Obligatorio	1-5 Estado	Aleatorio		Privada
Holanda	Si	Nacional	2004	—	Obligatorio	1-5		2 años	Privada
Hungría	Si	Nacional	1998	2003	Obligatorio	1-5			Aleatorio
Irlanda	Si	Nacional	1939	2003	Voluntario	1-5			Anual Privada
Italia	Si	Regional	1937	1983	Obligatorio	1-5	Regiones		Aleatorio
Letonia	Si	Nacional	90s	2004	Voluntario	1-5	Estado/Asoc.	—	—
Lituania	Si	Nacional	1998	2003	Obligatorio	1-5	Estado	—	Pública
Malta	Si	Nacional	2002	—	Obligatorio	2-5			Aleatorio —
Polonia	Si	Nacional	1997	2004	Voluntario	1-5		3 años	—
Portugal	Si	Nacional	1954	1997	Obligatorio	1-5			2 años
Reino Unido	Si	Regional	2006-1939	2003	—	1-5-1-5	Regiones	—	Privada
Inglaterra*	Obligatorio				Aleatorias				
Irlanda Norte					Voluntario			Anual	
República Checa	Si	Nacional	1999	2005	Voluntario	1-5		2 años	Privada
Rumanía	Si	Nacional	1999	2002	Obligatorio	1-5			3 años
Suecia	Si	Nacional	2004	2005	Voluntario	1-5	Asociaciones	—	

CCAA: Comunidades Autónomas.

\*Inglaterra, Escocia y Gales

Elaboración propia. Fuente: Proyecto de Final de Carrera: ¿Aún se pueden ver las estrellas?

En los niveles de clasificación europeos no se hayan grandes diferencias, un ejemplo de ello sería el caso de Malta, que en lugar de utilizar el tradicional sistema de 1 a 5 estrellas, clasifica de 2 a 5. Los criterios de clasificación se basan mayoritariamente en aspectos estructurales y en aspectos relacionados con las instalaciones del hotel. Más complejo es el encontrar normativas en las que aspectos como los servicios ofrecidos y la calidad de éstos, sean tratados.

Esta disparidad de criterios conlleva dos grandes problemas: el consumidor debe hacer frente a una gran diversidad de criterios de clasificación, cuya existencia dificulta la comprensión del mismo sector hotelero y los tour-operadores, acechados por gran cantidad de medidas de protección del consumidor, se ven obligados a crear sistemas propios de clasificación, con la finalidad de poder ofrecer unos estándares de calidad equiparables en los diferentes estados de la Unión Europea.

A continuación, se analizarán de manera independiente un grupo significativo de normativas europeas, los organismos creadores de éstas, los organismos encargados de su gestión, los criterios que se tienen en cuenta para la clasificación de los hoteles, los instrumentos utilizados para la aplicación de dichas normativas, etc.

## **1. Alemania**

La normativa de clasificación hotelera en Alemania no cuenta con muchos años de vida. Después de numerosas peticiones por parte de las asociaciones de consumidores alemanas y con el objetivo de fomentar una mayor seguridad y transparencia para el consumidor, en 1996 la Asociación Alemana de Hoteles y Restaurantes (DEHOGA), propietaria de la marca «Deutsche Hotelklassifizierung», se puso manos a la obra para la elaboración de tal normativa. Para ello contó con la ayuda de los diferentes organismos turísticos del país. Actualmente opera conjuntamente con las 18 instituciones turísticas regionales en el proceso de clasificación de los establecimientos hoteleros.

Pese a ser creada en 1996, la normativa ha sufrido adaptaciones en los años 1999 y 2005 con el objetivo de adaptarse y satisfacer las nuevas y cambiantes necesidades del mercado. Desde su creación hasta la actualidad, la normativa ha sido de aplicación voluntaria. De tal manera un hotel puede operar sin necesidad de haber sido con anterioridad clasificado. Este hecho provoca que solo el 15% de los establecimientos hoteleros en Alemania estén clasificados.

Alemania presenta un sistema de clasificación dual, formado por una serie de requisitos mínimos a cumplir y de puntos mínimos a alcanzar. De esta

manera, un hotel de una categoría concreta deberá cumplir los requisitos mínimos acordes a su categoría, además de alcanzar una cantidad de puntos concreta que dependerá de la categoría a la que quiere optar. A cada requisito, unos opcionales y otros obligatorios, se le otorga una puntuación. A modo de ejemplo, el hecho de que un hotel disponga de parking propio conlleva la adquisición de 3 puntos; de la misma manera, un hotel habilitado para el acceso de personas discapacitadas con sillas de ruedas recibirá una bonificación de 8 puntos.

## **2. Austria**

Austria dispone de una normativa única, efectiva en todo su territorio. Tal normativa, pretende ofrecer a los consumidores y a los tour operadores una guía de los estándares de calidad en los establecimientos hoteleros austriacos. La normativa fue creada en los años 90, basándose en un estudio de mercado extensivo sobre las expectativas y las necesidades de los turistas en relación con los alojamientos hoteleros. Tal estudio fue llevado a cabo por la Universidad de Economía de Viena a petición de la Cámara Federal de Economía del gobierno austriaco.

En los últimos años (2002, 2007) se han producido diversas modificaciones de la normativa hotelera austriaca. No obstante, a pesar de dichas modificaciones, la normativa siempre ha sido de naturaleza voluntaria, por lo que un hotel puede operar sin necesidad de ser clasificado previamente. Cabe resaltar que, no siendo obligatoria, alrededor de un 70% de los establecimientos austriacos están clasificados.

La normativa establece cinco categorías distintas de establecimientos hoteleros, que van desde los de 1 estrella a los de 5. Los criterios mínimos que se tienen en cuenta para la clasificación de los establecimientos son plenamente objetivos. Se analizan aspectos como: los servicios (restauración, recepción, servicio de lavandería, servicio de habitaciones), las habitaciones (dimensiones, telecomunicaciones, material audiovisual, baños) o las instalaciones (ascensores, zonas nobles, garajes).

La Asociación Hotelera Profesional de Austria (*Fachverband Hotellerie*) es el organismo encargado de la clasificación de los hoteles austriacos. Las inspecciones de los establecimientos hoteleros se llevan a cabo de manera conjunta con una Comisión de Clasificación creada para este fin. Los costes producidos son financiados por los miembros de la Asociación Hotelera Profesional de Austria.

### **3. Benelux**

El tratado instaurando la unión económica del Benelux fue firmado el 5 de septiembre de 1944 y, entró en vigor el 1 de enero de 1948 (Bélgica, Holanda y Luxemburgo). Los tres países que forman parte del Benelux han tenido a lo largo de la historia una relación muy estrecha, por lo que no es de extrañar que esta relación también se vea reflejada en la aplicación de un sistema de clasificación hotelera común. Tal normativa conjunta fue creada en 1984 de mutua colaboración entre Holanda y Bélgica. Posteriormente, en 1989 Luxemburgo también la aplicó en su territorio. El sistema se ha ido adaptando con el paso del tiempo a las necesidades del mercado. La última actualización se llevó a cabo el 12 de noviembre de 1996 por parte del Comité de Ministros del Benelux en colaboración con los representantes del sector hotelero y las autoridades turísticas de cada país miembro.

Actualmente solo dos de los tres países que impulsaron esta normativa unificada siguen aplicando este sistema. Holanda, viendo que la clasificación de Benelux no satisfacía sus necesidades, emprendió la creación en 2004 de un sistema de clasificación propio.

El sistema establece cinco categorías de establecimientos hoteleros, de 1 a 5 estrellas, permitiendo estructurar la oferta de una manera más clara y siendo una garantía de calidad y de nivel de confort para el consumidor. Los criterios que se tienen en cuenta a la hora de clasificar un hotel son básicamente objetivos

### **4. Chipre**

Chipre cuenta con un sistema de clasificación hotelera nacional de cumplimiento obligatorio desde 1969. El sistema fue creado por la Organización de Turismo de Chipre y se ha ido actualizando al largo de los años, habiendo sido actualizado por última vez en el año 2000.

El sistema de clasificación chipriota tiene un funcionamiento muy simple. Cuando un hotelero ha obtenido su licencia para operar debe presentar una solicitud de clasificación a la Junta Directiva de la Organización de Turismo de Chipre. Tal organismo creará un Comité de Clasificación, pudiendo estar formado tanto por miembros de la propia organización como por personas externas autorizadas. El Comité de Clasificación se encargará de inspeccionar el establecimiento y presentará un informe a la Junta Directiva, que decidirá en última instancia la categoría a otorgar al establecimiento hotelero.

## **5. Dinamarca**

Dinamarca dispone de un sistema de clasificación propio desde 1997, aplicable en todo su territorio. Para la elaboración de tal sistema se creó una Junta de Clasificación formada por tres representantes de la Asociación Danesa de Hoteles, Restaurantes e Industrias del Turismo (HORESTA) y tres representantes de la Junta de Turismo del Ministerio de Comercio e Industria del gobierno danés. Tras largas discusiones y valorando estudios de mercado realizados con la finalidad de saber cuáles eran las necesidades de los turistas, así como los intereses de los hoteleros, se creó el sistema danés de clasificación de establecimientos hoteleros.

La creación de este sistema se percibió como una herramienta más de protección de los intereses del consumidor, así como un medio para aumentar la calidad en el sector hotelero. El sistema se basa en el cumplimiento de unos requisitos mínimos, que van en aumento a medida que se sube de categoría. Los criterios que se tienen en cuenta a la hora de clasificar un establecimiento hotelero son básicamente objetivos, se basan en elementos como: los servicios (recepción, restauración, lavandería, limpieza de habitaciones, room service...), las instalaciones (limpieza general, confort, higiene...), las habitaciones (dimensiones, equipamientos, muebles...), etc.

## **6. Eslovaquia**

El sistema de clasificación hotelera de Eslovaquia fue establecido en 2001, desarrollado por el Ministerio de Economía de la República de Eslovaquia y, concebido por el gobierno como una herramienta de protección del consumidor, referente a la satisfacción de sus necesidades básicas, y de mejora de la oferta turística del país.

La normativa eslovaca es de aplicación obligatoria, por lo que todos los hoteles que obtengan la licencia para operar un establecimiento hotelero, deberán pasar por un proceso de clasificación.

El sistema también establece inspecciones periódicas a fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos mínimos referentes a la categoría otorgada. Estas inspecciones son llevadas a cabo por inspectores del gobierno central, mediante visitas sorpresa a los establecimientos hoteleros, con una periodicidad de un año.

## 7. Eslovenia

Desde 1997, Eslovenia cuenta con un sistema de clasificación hotelera, desarrollado por el Ministerio de Economía de este país, en colaboración con la Organización Nacional de Turismo. En esta clasificación se establecen 5 categorías de hoteles que van desde 1 a 5 estrellas.

El sistema es de naturaleza obligatoria, por lo que un hotel no puede operar si no ha sido previamente clasificado. La clasificación de los hoteles, es llevada a cabo por un Consejo de Clasificación, creado por el Ministerio de Economía.

El sistema también establece revisiones cada 3 años para los hoteles ya clasificados, a fin de asegurar los estándares de calidad. Las inspecciones son llevadas a cabo tanto por inspectores de gobierno central, como por inspectores regionales a través de *mystery checks*.

## 8. Finlandia

En Finlandia, tanto el Ministerio de Inversión y Comercio como la *Suomen Hotelli— ja Ravintolitto Ry* (SHR), no han creído conveniente el establecer un sistema nacional de clasificación de hoteles.

## 9. Francia

Francia presenta uno de los sistemas de clasificación hotelera más antiguos de la Unión Europea (1942). Desde entonces ha sufrido varias modificaciones, la última de las cuales se remonta a 1986. El Ministerio de Economía, Finanzas y Trabajo fue el encargado de redactar tal normativa, que presenta una naturaleza voluntaria. De este modo, un hotel en Francia puede operar sin necesidad de haber sido clasificado de antemano.

El sistema francés establece 6 categorías de hoteles: 0 estrellas, 1 estrella, 2 estrellas, 3 estrellas, 4 estrellas y 4 estrellas Lujo. Los criterios que se establecen para clasificar los establecimientos son completamente objetivos, referentes al número de habitaciones, las dimensiones, las zonas nobles, los servicios del hotel, etc.

El sistema prevé inspecciones periódicas para la comprobación del cumplimiento de los requisitos correspondientes a la categoría en la que el hotel ha sido clasificado. Estas inspecciones se realizan de manera esporádica y azarosa a través de visitas previa cita y *mystery checks*. *Logis de France* es el organismo encargado de realizar las inspecciones y de presentar los informes derivados a la Comisión de Clasificación.

## 10. Grecia

Grecia dispone de un sistema de clasificación de hoteles desde la finalización de la II Guerra Mundial. El sistema tradicional de Grecia consistía en la clasificación de los hoteles en 6 categorías, empezando por la L (hoteles de lujo) y siguiendo en orden alfabético de la A a la E.

En 2003, como medida para equiparar el sistema griego al resto de sistemas existentes en Europa, la Organización Turística Nacional de Grecia (GNTO) desarrolló una nueva normativa de clasificación, incorporada en la ley turística helénica. El nuevo sistema consistía en la clasificación de los hoteles en 5 categorías que iban de 1 a 5 estrellas.

En la nueva normativa se determinan los procesos, así como las especificaciones técnicas, funcionales y los criterios que son tenidos en cuenta a la hora de clasificar un establecimiento hotelero.

El sistema es de cumplimiento obligatorio, pese a ello, se estableció un período de un año para que los establecimientos, operando bajo el antiguo sistema, pudieran adaptarse a la nuevas especificidades, siendo el 30/4/2004 la fecha límite para tal adaptación.

## 11. Italia

Italia dispone de varios sistemas de clasificación hotelera desde 1937. Estos sistemas son de aplicación regional, por lo que cada autoridad pública regional es la encargada de aplicarlo y adaptarlo a sus realidades. El primer sistema diseñado, establecía cinco categorías de hoteles: lujo, primera, segunda, tercera y cuarta, estableciendo así para cada categoría los requisitos mínimos obligatorios a cumplir. Este sistema es aplicable aún en aquellas regiones que no han adaptado la normativa al sistema de clasificación por estrellas. Estas regiones son: Lazio, Molise y Basilicata.

En 1983, este sistema fue modificado por la clasificación de los hoteles por estrellas. De esta manera, los hoteles de lujo pasaron a ser los de 5 estrellas, los de primera categoría a 4 estrellas, los de tercera a 3 estrellas y así sucesivamente.

Este sistema evolucionó con el paso del tiempo, estableciéndose dos tendencias, ambos fundamentados en la clasificación por estrellas: sistema por puntos y sistema por requisitos mínimos obligatorios.



## 12. Lituania

La primera normativa de clasificación hotelera fue creada en 1998 por parte del Departamento de Turismo del Ministerio de Economía de la República de Lituania.

En 2003 este sistema se consideró obsoleto y se planteó la necesidad de crear un sistema que permitiera a este país alcanzar los estándares de los hoteles de Europa Occidental. De mutua colaboración, el Ministerio de Economía y la Asociación Profesional de Hoteles y Restaurantes de Lituania se pusieron manos a la obra para la creación de un nuevo sistema de clasificación. El 26 de Marzo de 2003 todos estos esfuerzos se vieron recompensados a través de la aprobación por parte del gobierno lituano de los «Requisitos de Clasificación de Hoteles, Moteles y Pensiones».

Hasta 2003 el sistema había sido voluntario, pero desde la creación del nuevo sistema, un hotel no puede operar en Lituania si no ha sido previamente clasificado. El Ministerio de Economía, a su vez, creó un Comité de Clasificación conformado por representantes del Departamento de Turismo y de la Asociación Profesional Lituana para llevar a cabo los procesos de clasificación de los hoteles. Todos los costes generados por los procesos de gestión son asimilados por la administración pública.

## 13. Portugal

Desde 1954, Portugal dispone de un sistema de clasificación de los establecimientos hoteleros. Esta normativa hotelera forma parte de la Ley del Turismo de Portugal. El sistema fue creado por la Secretaria Estatal de Turismo en colaboración con la Junta Directiva General de Turismo, todas ellas englobadas en el Ministerio de Economía en Innovación del gobierno luso.

La normativa de clasificación portuguesa se ha ido modificando con el paso del tiempo a fin de adaptar algunas de las reglas a las nuevas realidades del mercado. La última de estas actualizaciones se llevó a cabo en 1997.

El sistema establece cinco categorías de establecimientos hoteleros que van desde 1 a 5 estrellas y se basa en el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos en función de la categoría del hotel. También establece la realización de revisiones periódicas cada dos años, a fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos mínimos adyacentes a la categoría otorgada. Tales revisiones son realizadas por inspectores locales y centrales del gobierno a través de visitas anunciadas y de «mystery checks». Los costes derivados del sistema son asimilados tanto por la administración pública, como por los hoteles que operan en Portugal.

## 14. Reino Unido

Reino Unido presenta un panorama similar al de España e Italia. En él, el turismo es una competencia delegada a las diferentes regiones que lo conforman (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte). Por ello, hasta hace muy poco tiempo, cada región contaba con un sistema de clasificación diferente. El de Inglaterra fue creado por la Asociación Automovilística de Inglaterra, en colaboración el «*Royal Automobile Club*» y el Consejo de Turismo de Inglaterra. Por otra parte, los sistemas de clasificación de Gales, Escocia y Irlanda del Norte, fueron elaborados por sus respectivas Juntas Directivas de Turismo.

Esta disparidad de criterios en un mismo territorio no favorecía nada el posicionamiento sólido de Reino Unido como un destino turístico consolidado. Por ello, en 2006 se optó por crear un sistema común de clasificación aplicable en Inglaterra, Gales y Escocia bajo el nombre de «*National Standards of the Quality Assurance*». *VisitBritain*, *VisitScotland* y *Wales Tourist Board*, junto con la colaboración del gobierno central, se pusieron manos a la obra para la creación de tal sistema de aplicación obligatoria. Este sistema unificado, permitiría una más fácil comprensión por parte de los usuarios y fomentaría una mayor seguridad para ellos.

En Inglaterra, es el organismo de *VisitBritain* el encargado de llevar a cabo las clasificaciones de los establecimientos hoteleros. En Escocia, el encargado es *Visit Scotland* y en Gales, *Visit Wales*. A su vez se creó el *Standards Review Group* (SRG) encargado de conceder ciertas libertades en el cumplimiento de determinados requisitos, previo estudio de cada uno de los casos.

Pese a que en la isla de Irlanda hayan territorios pertenecientes a dos países diferentes, la normativa de clasificación hotelera es la misma para la República de Irlanda y para la región de Irlanda del Norte. Esta normativa es de aplicación voluntaria y el organismo encargado de gestionar su aplicación es el *Northen Ireland Tourist Board* (NITB).

## 15. Suecia

Suecia ha sido uno de los últimos países en establecer un sistema de clasificación propio. En 2004 la «*Sveriges Hotell & Restaurang Företagare*» creó dicho sistema tomando como base el sistema que Dinamarca había desarrollado en 1997. Este sistema sueco-danés también es utilizado en Islandia, Groenlandia y la isla de Aland. Pese a su corta edad, el sistema de clasificación sueco fue actualizado un año después de su creación, es decir, en 2005.

El sistema sueco está basado en la categorización de los hoteles de 1 a 5 estrellas y es de aplicación voluntaria para todos aquellos establecimientos que forman parte de la SHR.

Está basado en el cumplimiento de una serie de requisitos mínimos en función de la categoría a la que se quiere acceder. Los criterios son mayoritariamente objetivos y se centran en aspectos como los servicios, las instalaciones, los equipamientos, etc. Estos criterios deben reflejar a su vez el desarrollo del mercado sueco y las necesidades de los turistas.

La SHR estableció el *Klassificeringsnämnden* (Comité de Clasificación) encargado de llevar a cabo las actualizaciones de la normativa de clasificación, previstas anualmente. Tal organismo está conformado por tres representantes de la SHR, un representante de la SBTA (Asociación Sueca de Viajes de Negocio), un representante de *Stockholm Convention Bureau*, un representante de la SFR (Asociación Sueca de Viajes), un representante del Consejo Sueco de Viajes y Turismo y un representante de *Radisson SAS Strand Hotel*.

El Comité de Clasificación tiene como tareas la actualización de los criterios de clasificación, la modificación de criterios existentes y la concesión de exenciones en el cumplimiento de ciertos criterios en situaciones especiales.

Al mismo tiempo, la SHR creó la Oficina Administrativa de Clasificación, encargada de la parte operacional del proceso de clasificación. Este organismo se encarga de programar, registrar y llevar a cabo las diferentes inspecciones para la posterior clasificación de los establecimientos hoteleros que han presentado una solicitud para este fin, a la Asociación Sueca de Hoteles y Restaurantes.

#### **IV. ESPAÑA, UN PAÍS CON 19 NORMATIVAS HOTELERAS**

En España la primera clasificación hotelera surge en 1968, con la Orden del 19 de junio que dicta un sistema de clasificación hotelera basada en criterios puramente arquitectónicos donde se establece el rango de una a cinco estrellas. Es importante recordar que, cuarenta años después de esta primera normativa, España sigue clasificando sus establecimientos hoteleros utilizando los mismos o parecidos criterios «arquitectónicos».

La clasificación hotelera española es la tercera de Europa en antigüedad, tras Francia (1942) y Portugal (1954). En un primer momento, las «estrellas» nacían para atraer un turismo de calidad que exigía en cualquier caso una cierta información, de la que no disponían todos los países.

**Cuadro 2. CLASIFICACIÓN HOTELERA EN ESPAÑA**

<b>GRUPO PRIMERO CATEGORÍAS</b>	
(1). Hoteles	
(2). Hoteles apartamentos	(1). De una a cinco estrellas oro
(2). De una a cuatro estrellas oro	
<b>GRUPO SEGUNDO CATEGORÍAS</b>	
(1). Pensiones	(1). De una a tres estrellas plata
(2). Hostales	(2). De una a tres estrellas plata
(3). Casas de huéspedes	(3). Sin estrella

Elaboración propia. Fuente: [www.mesadelturismo.com](http://www.mesadelturismo.com)

El transcurso del tiempo y los cambios acontecidos en el turismo español, provocaron modificaciones en aquellos primeros sistemas de clasificación hotelera; estas normativas hoteleras serían modificadas hasta 1986, intentando adaptar dichas normativas a la realidad cambiante del turismo español.

En 1986, las CCAA empezaron a asumir sus competencias en materia de promoción y ordenación del turismo y, en este mismo año se aprobaron las nuevas normativas hoteleras de Canarias, Castilla-León, Extremadura y Andalucía, aunque la Comunidad de Madrid ya había aprobado su normativa propia en 1985. En 1987, hicieron lo propio Asturias, Cataluña y Murcia; conjuntamente con La Rioja, Cantabria, Castilla-La Mancha y, la Comunidad Valenciana.

En los noventa se aprobaron las nuevas normativas hoteleras de Aragón (1990), Navarra (1994) y Galicia (1999), mientras tanto, el País Vasco no elaboró su propia normativa hasta el año 2001. Tan solo, en los casos de Baleares, Ceuta i Melilla se sigue aplicando la vieja normativa estatal de 1983.

Nuevas necesidades, nuevos «turismos» y, nuevos «turistas» han comportado la necesidad y la exigencia de ir retocando la mayor parte de dicha normativa hotelera. No obstante, los criterios «arquitectónicos» continúan siendo determinantes en las clasificaciones españolas.

La legislación turística obliga a cualquier empresa que quiera operar en el campo de la hotelería, a solicitar a la Administración competente (Comunidad Autónoma) la calificación, que será otorgada según unos criterios técnicos estrictamente regulados; así como, se podrá solicitar a la Administración el reconocimiento de la especialización que se considere de interés.

La clasificación según la categoría del establecimiento es la más importante en hoteles por su obligatoriedad. Se realiza en función de una serie de requisitos técnicos y estructurales; y en raras ocasiones, se tienen en cuenta los servicios ofrecidos por el establecimiento.

En España, el organismo competente que concede las categorías de los hoteles es la autoridad turística de las diferentes Comunidades Autónomas, que han regulado los diferentes criterios de clasificación para los hoteles sirviéndose de la competencia que en tal materia les reconoce la Constitución española en su artículo 148. Por ello, actualmente existen diferentes reglamentos sobre los requisitos exigidos a los hoteles para obtener una clasificación determinada.

## V. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN FINAL

El Proyecto Fin de Carrera, *¿Aún se pueden ver las estrellas?*, ha servido de base para la elaboración de este artículo, que bajo el título «La clasificación hotelera en la Unión Europea: un mercado poco común» intenta sentar unas bases mínimas para la discusión y el debate de un tema viejo y muy conocido, las normativas hoteleras y la necesidad de armonización de éstas.

El panorama actual europeo, en cuanto a los sistemas de clasificación hotelera, continúa siendo, ya entrado el siglo XXI muy dispar, con clasificaciones muy distintas, en ocasiones contradictorias. En definitiva, el pretendido proceso de armonización de normativas hoteleras sigue siendo una de las asignaturas pendientes que tiene planteado el turismo español y europeo.

Dentro del proceso de construcción europea, el turismo debería plantearse como uno de los vehículos principales, integradores, a la vez que unificadores. No obstante, la realidad es otra y, no necesariamente coincidente. A pesar de la importancia, que sin duda tiene el turismo en dicho proceso no recibe un trato correlativo a dicha importancia.

La evolución que el turismo ha experimentado en los últimos años, ha sido impresionante, produciéndose cambios constantes en el mercado. Los consumidores se han convertido en el centro de tal actividad, viéndose el sector privado obligado a adaptarse a sus necesidades.

Las normativas de clasificación hotelera fueron y son concebidas como un medio de protección del consumidor, ofreciendo una mayor transparencia al sector y facilitando una mayor comprensión de éste.

Analizadas todas las normativas, podemos concluir que muchas de ellas fueron creadas sin tener en cuenta las necesidades reales de los consumi-

res; ya sea porqué no se les tuvo en cuenta en el proceso de elaboración o porqué desde que fueron creadas no se han vuelto a actualizar.

Esta distancia, entre normativa y necesidades, ha obligado al sector privado a desarrollar sus propios sistemas de clasificación con el fin de cubrir dicho vacío: Sistemas de Reservas Centralizados, Global Distribution Systems, Grandes Cadenas Hoteleras y Organizaciones Privadas, han desarrollado sus propias clasificaciones, lo que ha generado aún más confusión en el sector hotelero.

Han sido varios y diversos los intentos de creación de un sistema de clasificación europeo por parte de los principales organismos internacionales, no habiendo llegado hasta el momento a ningún acuerdo. Ya sea por la disconformidad de HOTREC e IH&RA sobre la unificación de criterios, o por la gran dificultad que entraña la unificación de normativas estatales y regionales europeas muy dispares, los intentos de armonización siempre han fracasado.

Las normativas europeas cuentan con criterios, naturalezas, procesos de gestión muy distintos los unos de los otros. El hecho de que existan países que disponen de sistemas de clasificación voluntarios, otros con categorías que no corresponden a las tradicionales estrellas o con sistemas duales de requisitos mínimos obligatorios y requisitos opcionales, no permite el posicionamiento de Europa como un destino sólido y competitivo.

La aplicabilidad de los sistemas también ha generado grandes problemas, sobre todo para los intermediarios turísticos. Estos, acechados por directivas y leyes de protección de los consumidores, se han visto obligados a crear sus propios sistemas de clasificación a fin de poder ofrecer a sus clientes una guía de los estándares de calidad y confort de los hoteles con los que operan.

El hecho de que muchos hoteles, una vez clasificados, no vuelvan a ser objeto de inspecciones que tengan por objetivo el comprobar que éstos se encuentren aún acordes con la normativa clasificatoria, ha generado muchos conflictos entre consumidores y agencias de viajes, que han derivado en quejas, reclamaciones, denuncias y sentencias judiciales. Muchas de éstas han concluido dictaminando que las agencias debían responder solidariamente ante el consumidor.

Por todo ello, el panorama actual europeo no es nada alentador para los usuarios de los sistemas de clasificación. Las estrellas son cada vez menos relevantes en el momento de seleccionar un hotel, en favor de otros aspectos tales como el precio, la ubicación o la marca.

Los problemas generados por dichos sistemas, han provocado que la gente deje de confiar en ellos. Muchos sistemas se encuentran obsoletos, des-

fasados y con una aplicación bastante dudosa. Dicha situación nos lleva a plantearnos la necesidad o no de continuar aplicando estas normativas.

Planteados de la manera que está actualmente, la existencia de gran diversidad de sistemas clasificatorios representa una pérdida de dinero y de tiempo para las administraciones que los aplican.

Si bien es cierto que no podemos prescindir de los sistemas de clasificación actuales, ya que ellos son la única medida de protección del consumidor; también debemos reconocer que existen algunas normativas europeas que más valdría haber eliminado, ya que su aplicación es prácticamente nula.

Por otro lado, vemos dos tendencias clasificatorias en Europa. La tendencia de los países con una larga trayectoria turística, en los que parece que el éxito está asegurado aún y con el paso del tiempo, conociendo el poco esfuerzo que ejercen en tal materia. Países como España, Francia o Italia, situados en las primeras plazas de destinos turísticos a nivel mundial, aplican los sistemas más subdesarrollados de la Unión Europea, caracterizados por ser obsoletos, desfasados y con una aplicación muy dudosa.

Por otro lado, los países de Europa del Este, con una breve pero intensa tradición turística, viendo en ésta una posibilidad para desarrollar sus economías, aplican sistemas completos, actuales y eficientes, que permiten el aseguramiento de unos estándares de confort y calidad. El único problema que encontramos a tal tendencia es el hecho de que muchas normativas sean de aplicación voluntaria. Esperamos que con el paso del tiempo, estos deriven a sistemas de aplicación obligatoria.

La situación actual, nos obliga a pensar en la necesidad de profundizar en la imprescindible colaboración entre el sector público y privado. El sector público debe ser el encargado de establecer los mínimos, dejando en manos del sector privado la creación del sistema de clasificación en función de las necesidades del mercado, en cuanto a calidad y servicios.

Actualmente la apuesta por un producto de calidad se ha convertido en la clave del éxito de un destino turístico. Entendemos la calidad como la capacidad de un producto o servicio de satisfacer las necesidades de sus consumidores. Por ello, es necesario que los productos o servicios sean creados en función de las necesidades de los clientes, si se quiere que gocen de éxito. Tanto el sector público como el privado tienen una fuerte incidencia en el turismo, uno como generador del marco legal en el cual se desarrolla tal actividad y el otro como generador de productos y servicios que satisfagan las necesidades de los usuarios.

Debemos aprovechar las experiencias vividas, las fortalezas demostradas y las debilidades latentes de cada uno de ellos en la creación de sistemas

clasificatorios eficientes. El sector público debe ser el encargado de velar por la seguridad del usuario, estableciendo los criterios mínimos de confort y calidad. De otro lado, el sector privado, concededor del mercado y de sus componentes, se deberá encargar de adaptar tales normativas a las necesidades reales de los turistas, obteniendo así un sistema efectivo y flexible.

La realidad actual no es muy alentadora en tal aspecto, ya que son pocas las normativas de clasificación que tienen como base la realización de un estudio de mercado sobre las necesidades reales de los turistas y usuarios. El caso más ejemplar es el de Austria, donde la Cámara Federal de Economía encargó a la Universidad de Economía de Viena la realización de un estudio de mercado para poder basar su sistema de clasificación en las necesidades reales de los usuarios finales de tal sistema.

La armonización de normativas hoteleras en la Unión Europea, tal y como sucedió con los Viajes Combinados, se presenta como una posible solución a la problemática actual. El problema radica en el hecho de que las principales organizaciones hoteleras internacionales y europeas se opongan a tal medida.

Ante tal negativa, vemos como posible solución el establecimiento de unas directrices por parte de la Unión Europea para la creación de una normativa de clasificación estándar, permitiendo a los países miembros adaptar tales directrices a sus realidades turísticas.

Las directrices deberían de centrarse en las experiencias del pasado y optar por la creación de un sistema flexible, que permitiera la adaptación de tal a las necesidades cambiantes del mercado.

Otro punto muy importante a tratar en tales directrices, debería ser el establecimiento de un sistema que obligara a realizar inspecciones periódicas en los hoteles ya clasificados. A este punto, nos gustaría recordar el sistema aplicado en República Checa, que cumple de manera muy eficiente este principio. En este país, se ofrece un certificado de clasificación con una validez de x años. Pasados estos x años, el hotel deberá de revalidar su certificado, obligándolo así a ser objeto de inspecciones.

A modo de conclusión final, vamos a intentar responder a la pregunta generadora de tal proyecto: ¿Aún se pueden ver las estrellas?. Actualmente, en Europa las estrellas (hoteleras) son difíciles de ver como consecuencia de la creciente polución (normativas dispares), circunstancia que obliga a aplicar políticas de limpieza general (unificación de sistemas de clasificación) para que las estrellas vuelvan a brillar.

Los países miembros ven en la creación de normativas comunes una oportunidad competitiva para posicionarse como un destino sólido con unos estándares de calidad y confort asegurados.



## VI. BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- ABUSO UREBA, A. et al. (2006). *Código Turismo*. Getafe (Madrid): La Ley. Grupo Wolters Kluwer.
- PY, P. (2002). *Droit du Tourisme*. París: Dalloz.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. et al. (1992). *Derecho Europeo. Textos Básicos*. (2ª Edición). Vizcaya: Erandio.
- Roca Roca, E.; CEVALLOS MARTÍN, M. y PÉREZ GUERRA, R. (2004). *Código de Turismo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- KOTLER, P.; BOWEN, J.T. y MAKENS, J.C. (2005). *Marketing for Hospitality and Tourism*. (4ª Edición). Nueva Jersey: Pearson.

### DOCUMENTOS VARIOS

- IH&RA & WTO. (2004). *The Joint WTO & IH&RA Study on Hotel Classification*.
- HORECA (2004). *Hotel Classification in the European Union*.
- INSTITUTO NACIONAL DE NORMALIZACIÓN (INN). (2003). *Clasificación y Terminología de los Establecimientos de Alojamiento Turístico*.
- COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. (2006). *Communication de la Commission: Une nouvelle politique européenne du tourisme*.

### PÁGINAS WEB

- WORLD TOURISM ORGANISATION (WTO). Committed to Tourism Travel and the Millennium Development Goals. (Consultado: 23 y 25 de Febrero de 2007). <http://www.unwto.org>.
- INTERNATIONAL HOTEL & RESTAURANT ASSOCIATION (IH&RA). A World of Business Benefits. (Consultado: 18 de Febrero de 2007). <http://www.ih-ra.com/>.
- HOTELS, RESTAURANTS & CAFÉS IN EUROPE (HOTREC). (Consultado: 27 de Julio de 2007). <http://www.hotrec.org>.
- EUROPEAN COMMISSION. (Consultado: 28 de Julio de 2007). <http://ec.europa.eu>.

MESA DEL TURISMO. (Consultado: Febrero de 2007). <http://www.mesadel turismo.com>.

EXCITE.ES. (Consultado: en 2007). <http://www.excite.es>

LEGGIO. Noticias Jurídicas (Consultado: 4 de Setiembre de 2007). <http://noticias.juridicas.com>.

### **Normativas de clasificación hotelera:**

#### **Alemania**

DEHOGA (DEUTSCHER HOTEL UND GASTSTÄTTENVERBAND). Deutsche Hotelklassifizierung. (Consultado 17 de Febrero 2007). <http://www.hotels terne.de/uk/>.

#### **Austria**

FACHVERBAUD HOTELLERIE. Hotelsterne. (Consultado: 17 de Febrero 2007). <http://www.hotelsterne.at>.

#### **Benelux**

Flandes: TOERISME VLAANDEREN. Ondersteuning voor vakantiemakers. (Consultado: 17 de Agosto de 2007). <http://www.toerismevlaanderen.be/>.

Bruselas-capital: COMMISSION COMMUNAUTAIRE FRANÇAISE (COCOF). L'institution des francophones bruxellois. (Consultado: 17 de Agosto de 2007). <http://www.cocof.irisnet.be/site/common/filesmanager/tourisme/ho/ar241290/>.

#### **Chipre**

CYPRUS TOURISM ORGANISATION. Cyprus: The Golden Apple. (Consultado: 5 de Enero de 2007). <http://www.visitcyprus.com/>.

#### **Dinamarca**

VISIT DENMARK BOOKING. Hotel.dk: Online booking all around Danmark. (Consultado: 22 de Febrero 2007). <http://www.dkhotellist.com>.

### **Eslovaquia**

MINISTRY OF ECONOMY OF THE SLOVAK REPUBLIC. (Consultado: 14 de Julio de 2007). <http://www.economy.gov.sk>.

### **Estonia**

EESTI HOTELLIDE JA RESTORANIDE LIIT (EHRL). Eesti Trnihotellid: Starhotels of Estonia. (Consultado: 22 de Febrero de 2007). <http://www.ehrl.ee/>.

### **Francia**

UNION DES METIERS ET DES INDUSTRIES DE L'HÔTEL (UMIH). Syndicat htelier. (Consultado: 25 de Febrero de 2007). <http://www.umih.fr>.

### **Grecia**

GREEK NATIONAL TOURISM ORGANISATION – MINISTRY OF TOURISM. Wonderful Greece. (Consultado: 3 de Septiembre de 2007). <http://www.gnto.gr/>.

### **Holanda**

HORECA NEDERLAND. Nederlandse Hotel Classificatie (Consultado: 7 de Enero de 2007). <http://www.hotelsterren.nl/>.

### **Hungría**

MEGYAR SZALLODASZEVETSEG (HOTEL ASSOCIATION OF HUNGARY). (Consultado: 27 de Febrero de 2007). <http://www.hah.hu/>.

### **Irlanda**

FAILTE IRELAND. National Tourism Development Authority. (Consultado: 1 de Marzo de 2007). <http://www.failteireland.ie/>.

### **Italia**

FEDERALBERGHI. L'Ospitalit italiana. (Consultado: 7 de Septiembre de 2007). <http://www.federalberghi.it/>.

### **Letonia**

LATVIJAS VĪESNICU UN RESTORĀNU ASOCIĀCIJA. Hotels & Restaurants. (Consultado: 25 de Junio de 2007). <http://www.lvra.lv>.

### **Lituania**

LIETUVOS VIEŠBUČIU IR RESTORANU ASOCIACIJA. (Consultado: 20 de Febrero de 2007). Lithuanian Association of Hotels and Restaurants. <http://www.lvra.lt/>.

### **Malta**

MALTA TOURISM AUTHORITY. Malta. (Consultado: 25 de Febrero de 2007). <http://www.mta.com.mt>.

### **Polonia**

HOTEL.PL. POLISH HOTELS IN ONE PLACE. (Consultado: 1 de Setiembre de 2007). <http://hotelarze.pl/>.

### **Portugal**

MINISTÉRIO DA ECONOMIA E DA INOVAÇÃO. *Turismo de Portugal*. (Consultada 20 de Enero de 2007). <http://www.min-economia.pt>.

### **Reino Unido**

Inglaterra: VISITBRITAIN. Quality in Tourism. (Consultado: 27 de Junio de 2007). <http://www.qualityintourism.com>.

Escocia: VISITSCOTLAND. Scotland National Tourism Site. (Consultado: 12 de Mayo de 2007). <http://www.visitscotland.com/>.

Gales: VISITWALES. Croeso Cymru. (Consultado: 27 de Junio de 2007). <http://www.visitwales.co.uk/> General: VISITBRITAIN. (Consultado: 27 de Junio de 2007). <http://www.visitbritain.co.uk/>.

Irlanda del Norte: NORTEEN IRELAND TOURISM BOARD. The Industry Website of Norteen Tourism Board. (Consultado: 23 de Junio de 2007). [www.nitb.com/](http://www.nitb.com/).

## **República Checa**

ASOCIACE HOTELŮ A RESTAURACÍ ČR (HORECA). The Official Standard Classification of Accommodation Facilities in the Czech Republic. (Consultada: 27 Febrero de 2007). <http://www.hotelstars.cz>

## **Rumanía**

MINISTRUL PENTRU ÎNTRERINDERI MICI SI MIJLOCII, COMERT, TURISM SI PROFESII LIBERALE. (Consultado: 3 de Septiembre de 2007). <http://www.mturism.ro/>

Suecia SVERIGES HOTELL- OCH RESTAURANGFERETAGARE (SHR). Hotels in Sweden. (Consultado: 15 de Enero de 2007). <http://www.hotelsinsweden.com/english/>

**DE LA JURISPRUDENCIA AMENAZANTE A LA  
LEGISLACIÓN ATENAZANTE. ANÁLISIS DEL REAL  
DECRETO LEGISLATIVO 1/2007,  
DE 16 DE NOVIEMBRE, Y SU INCIDENCIA EN LA  
ORGANIZACIÓN, PROGRAMACIÓN Y VENTA DE  
VIAJES COMBINADOS**

RAMÓN ARCARONS I SIMÓN  
ÓSCAR CASANOVAS IBÁÑEZ

*SUMARIO: I. VIAJES, VACACIONES, CIRCUITOS TURÍSTICOS: 1. Del forfait turístico a los viajes combinados. 2. Reglamentos administrativos, Directiva, Ley, sobre viajes combinados y, Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: A) Orden de 14 de abril de 1988 por la que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes (BOE núm. 97, de 22 de abril; corrección de errores en BOE núm. 121 de 20 de mayo; en adelante OMAV). B) Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE núm. L 158, de 23-6-1990, p. 59-64). C) Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (Boe núm. 161, de 07-07-1995). D) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30-10-2007).— II. UNA JURISPRUDENCIA AMENAZANTE. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES INTERPRETAN LOS VIAJES COMBINADOS Y SUS RESPONSABILIDADES: 1. La LVC y la responsabilidad, un problema no resuelto. 2. Algunas situaciones «delicadas» para las agencias de viajes: A) Las lunas de miel. B) El daño moral. C) El caos provocado por el transporte aéreo. D) Desastres naturales.— III. EL TRLGDCU APRUEBA UNA «NUEVA» REGULACIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS: 1. El TRLGDCU y la responsabilidad, un problema resuelto: A) El TRLGDCU y las normativas de las CCAA. B) La necesidad de modificar folletos y contratos. C) El contrato de viaje combinado: nuevas obligaciones. D) Resolución del contrato y responsabilidades.— IV. CONCLUSIONES.— V. BIBLIOGRAFÍA.— VI. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.*

**RESUMEN:** El 1 de diciembre, de 2007, quedó derogada la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados por Real Decreto Legislativo 1/2007. El Real Decreto refunde en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, encontrándose entre éstas la Ley de Viajes Combinados. Pero también se han hecho modificaciones que traerán consecuencias importantes en el día a día de los agentes de viajes.

**Palabras clave:** agencias de viajes; turoperadores; consumidores; régimen de responsabilidad; información turística; folletos informativos; daños morales.

**ABSTRACT:** On the 1st December of 2007, the Law 21/1995, of 6th of July regulates package by Law 1/2007, the Royal Decree. This consolidates into a single text the General Law for the Protection of Consumers and Users and transposition standards the EU directives issued regarding the protection of consumers and users. They are among which is the Combined Law Travel. But there have also been changes which will bring a significant impact on the daily life of travel agents.

**Key words:** travel agencies; tour operators; consumer regime responsibility; tourist information; brochures; moral damages.

## **I. VIAJES, VACACIONES, CIRCUITOS TURÍSTICOS**

### **1. Del forfait turístico a los viajes combinados**

En un primer momento, las Agencias de Viajes (AAVV) fueron, con el impulso de Thomas Cook (1), empresas que operaban un conjunto de actividades, que implicaban tanto la labor de intermediación entre clientes y prestatarios como la de creación de viajes en el más amplio sentido de la palabra.

Todo ello fomenta la especialización de sectores, algunos con tendencia clara hacia la creación de un *producto industrial*; el *forfait turístico/paquete turístico*, el I.T.C (Inclusive Tour Charter) que comportó la consagración de varias marcas o firmas productoras en determinados países, relegando al resto de Agencias, fundamentalmente *minoristas*, a simples revendedoras o *detallistas* en los países de origen de los clientes, y, al mismo tiempo, a meros agentes locales en los países de destino de los tours.

---

(1) Thomas Cook fue el primer agente de viajes de la historia y, con ello el primer empresario de turismo organizado. El gran mérito de Cook consistió en saber combinar el puro traslado de las personas con una serie de prestaciones adicionales (alimentación, alojamiento, guía, entretenimiento) que lo hacía más atractivo.

En los años sesenta, debido a diferentes circunstancias de índole económico (considerable aumento de la renta per capita y abaratamiento de los coste de desplazamiento), se produce un enorme mercado potencial en los países desarrollados y las AAVV comienzan a producir *forfaits* (viajes a medida del consumidor/usuario), estimulando la compra de los mismos con sus precios reducidos y los folletos atractivos.

Tras esta primera etapa, empieza la producción masiva de viajes programados estableciéndose una diferencia entre el agente de viajes heredero del antiguo forfaitista, actualmente es el *productor de viajes*, y el agente de viajes, que se limita a ser el distribuidor o vendedor de los diferentes programas.

Actualmente, los máximos responsables de la elaboración de *paquetes turísticos* son los Tour Operadores (TTOO) y las Agencias de Viajes (AAVV). Por consiguiente, la principal diferencia entre ambas entidades radica en el producto elaborado y, fundamentalmente, en su destinatario. Para los TTOO, en España, sus clientes son las AAVV, y para éstas sus clientes son los usuarios finales o consumidores de servicios turísticos.

Cabe señalar, en este caso, que la normativa existente en esta materia es altamente técnica y apreciablemente uniforme. La aprobación de la Constitución española y una profunda reforma del sistema de distribución de poderes y competencias afectó al turismo y de forma muy concreta a la ordenación de las agencias de viajes y sus actividades.

Estas nuevas normativas, técnicas y uniformes, además de las condiciones de acceso, incluyen una serie de prescripciones relativas al ejercicio de sus actividades: el régimen de la publicidad, de la información debida al viajero, del pago del precio, de la responsabilidad por incumplimiento del contrato y de sus causas de exención, así como el régimen de garantías que deben prestar estos empresarios (2).

No obstante, se debe tener presente la disparidad de legislaciones y ordenaciones sobre AAVV en el resto de países de nuestro entorno. En algunos de ellos es posible que las funciones propias de una agencia de viajes sean realizadas por un transportista (una compañía aérea) u otro tipo de persona jurídica.

Con anterioridad a 1990, fecha en la que se aprueba la Directiva 90/314/CEE (en adelante DVC) no existía en España una normativa específica que regulase los viajes combinados, encontrándose éstos dentro de la nor-

---

(2) MAQUEDA, C.; TEIXIDOR, J.; *Agencias de Viajes en la Unión Europea: un mercado poco común* (Proyecto Final de Carrera). EUHT CETT. Barcelona, 2007.



mativa reguladora de las agencias de viajes, que desde la década de los 40 del siglo pasado regulaba la Administración por decreto y que tuvo un intenso desarrollo, con múltiples vicisitudes, hasta finales del pasado siglo.

La regulación del viaje combinado vino establecida en la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados (en adelante, LVC), producto a su vez de la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la DVC. El profesor Auriolés califica acertadamente esta norma como la más importante aprobada en materia turística en nuestro país en los últimos años y destaca su extraordinaria coincidencia con la Directiva que transpone (AURIOLÉS MARTÍN ADOLFO *Introducción al Derecho Turístico. Derecho privado del turismo* pg. 138 Ed. Tecnos, Madrid, 2002).

La nueva norma, de carácter especial, definía su ámbito de aplicación en la contratación de viajes combinados, a partir de la aprobación de dicha norma, se produce un *antes* y un *después* en la organización, programación y venta de los hasta entonces denominados *forfaits/paquetes turísticos*.

Al mismo tiempo, las agencias de viajes tuvieron que ir adaptándose a las crecientes exigencias de los consumidores, que comportaron un aumento considerable de quejas, reclamaciones, denuncias, etc y, posteriormente sentencias de los tribunales de justicia, en las que no siempre se han entendido las especiales circunstancias que comporta la programación y venta de lo que hoy se denominan *viajes combinados* (3).

## **2. Reglamentos administrativos, Directiva, Ley, sobre viajes combinados y, Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios**

Diferentes normativas, nacionales y comunitarias han regulado y siguen regulando los denominados «viajes combinados».

### **A) Orden de 14 de abril de 1988 por la que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes (BOE núm.97, de 22 de abril; corrección de errores en BOE núm. 121 de 20 de mayo; en adelante OMAV)**

Esta norma define el paquete turístico («forfait»), en su art. 2.1.b. : «[...] se entenderá a este efecto por «paquete turístico» el conjunto de servicios turís-

---

(3) En ocasiones, expresiones como: «viaje a forfait» o «inclusive tour», «paquete turístico», o «viaje combinado», no han hecho más que aportar confusión, a la hora de la delimitación legal de lo que, en la actualidad, se denomina «viaje combinado».

*ticos (mantención, transporte, alojamiento, etc.) ofertado o proyectado a solicitud del cliente, ambos a un precio global preestablecido [...]».*

Los antecedentes normativos a esta definición ya contemplaron dicha figura; la primera normativa sobre agencias de viajes existente en España (art. 2.º, del Decreto 19 de febrero de 1942), mencionaba: «[...] aquellos que comprendían todas las prestaciones propias de los viajes «a forfait», los viajes y excursiones colectivas y las visitas [...]».

Actualmente, las Comunidades Autónomas que han adaptado sus normativas a la DVC lo han hecho haciendo referencia a la figura del «viaje combinado».

En cualquier caso, la definición de paquete turístico que realiza la OMAV podría considerarse derogada en el momento de entrada en vigor de la LVC.

En este mismo caso se podrían encontrar las normativas de las CCAA, que regulando dicho concepto lo hacen en contradicción con lo dispuesto en la LVC.

**B) Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE núm. L 158, de 23-6-1990, p. 59-64)**

La DVC, define en su art. 2.1 que se entenderá por viaje combinado: «[...] la combinación previa de, por lo menos dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia:

- a) transporte,
- b) alojamiento,
- c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado [...]

Considera, el mismo artículo que: «[...] la facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva [...]».

El propósito de la DVC, según el Informe sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE (SEC (1999) 1800 final) es: «[...] establecer normas mínimas sobre la información que se proporciona al consumidor, requisitos formales para los contratos de viajes organizados, dictar normas obligatorias aplica-

bles a las exigencias contractuales (cancelación, modificación, responsabilidad civil de los organizadores de viajes combinados o detallistas, etc.) y lograr una protección efectiva de los consumidores si se produjera la insolvencia del organizador [...]».

**C) Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (Boe núm. 161, de 07-07-1995)**

La LVC, no hizo más que transcribir en su art. 2.1 el tenor literal de la DVC; así como, en su ámbito de aplicación (art. 1.2) con el mismo redactado contemplado en la DVC: «[...] la facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones de la presente ley [...]».

**D) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Boe núm. 287, de 30-10-2007)**

Transcurrida una década de *viajes y vacaciones combinadas* y de múltiples análisis doctrinales, las sentencias de los tribunales españoles han marcado tendencias de cómo han interpretado e interpretan un fenómeno para ellos tan singular y tan novedoso como es la *programación y venta de viajes combinados* (4).

El 1 de diciembre, de 2007, quedó derogada la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados por Real Decreto Legislativo 1/2007.

El Real Decreto refunde en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU) y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, encontrándose entre éstas la Ley de Viajes Combinados. Pero también se han hecho modificaciones que traerán consecuencias importantes en el día a día de los agentes de viajes (5).

---

(4) HERNÁNDEZ, F. (2006): «El turisme a judici». *10 anys de jurisprudència arrel de l'aprovació de la llei del viatges combinats* (Proyecto Fin de Carrera), EUHT CETT, Barcelona.

(5) Una de las principales modificaciones producidas por la nueva ley, es la del artículo 162.1: «[...] La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado [...]».

## II. UNA JURISPRUDENCIA AMENAZANTE. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES INTERPRETAN LOS VIAJES COMBINADOS Y SUS RESPONSABILIDADES

Coincidiendo con el décimo aniversario de la entrada en vigor de la Ley 21/95 de los Viajes Combinados, el semanario profesional EDITUR dedicó dos temas de portada consecutivos al análisis del impacto que ha supuesto dicha normativa legal y como podrá evolucionar en el futuro. En la primera entrega se incluía un estudio académico realizado por Francisca HERNÁNDEZ y coordinado por los profesores Ramon ARCARONS y Oscar CASANOVAS, que analizaba la jurisprudencia aparecida hasta aquellas fechas, así como un vocabulario técnico que se recomienda leer en primer lugar a las personas no familiarizadas con los términos jurídicos (Ley de viajes combinados: una jurisprudencia amenazante, núm. 2.362, de 17 de junio de 2005).

No cabe duda que, una de las cuestiones más controvertidas durante estos años de aplicación de la Ley 21/1995, de los Viajes Combinados, ha sido el régimen de responsabilidad y la normativa aplicable en cada caso.

El precepto legal que se ha tenido como base para responder a la pregunta del millón: en caso de incumplimiento de contrato, ¿quién responde ante el consumidor: la agencia detallista o el mayorista? se encuentra recogido en el art. 11 LVC (hoy derogada) (6).

Este precepto ha dado y sigue dando lugar a múltiples y diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Si en algo existe unanimidad, en este caso, es la definición de su poca claridad y su escasa contribución a clarificar uno de los temas más importantes de la LVC (7), el régimen de responsabilidad, que constituye una de las piedras angulares de la aplicación práctica de la ley y uno de los temas que más honda preocupación despierta en la actualidad entre los profesionales del sector, dado que incide de manera muy directa y no siempre favorable en el ejercicio de su actividad diaria y sus intereses económicos.

---

(6) Art. 11 LVC: responsabilidad de los organizadores y detallistas: «[...] Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad será solidaria cuando concurran conjuntamente en el contrato diversos organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos [...]».

(7) ARCARONS, R; CASANOVAS, O; HERNÁNDEZ, F; «La Ley de viajes combinados: 10 años de jurisprudencia», en esta REVISTA, núm. 27, pp. 239 a 256.

Si bien inicialmente la mayoría de la doctrina (Aurioles, De La Haza) se inclinaba por una interpretación en el sentido de la mancomunidad, en los últimos años se ha podido observar una inversión en la tendencia (Soler Valdés), refrendada de manera mayoritaria por la denominada jurisprudencia menor (que en estos casos nos hemos permitido la licencia de denominar *Turisprudencia*), las sentencias de los Juzgados de 1<sup>ª</sup> Instancia y de las Audiencias Provinciales, que han llevado a considerar el régimen general de solidaridad como el más ajustado, en este caso a la legislación general de consumidores y usuarios. Cabe señalar también, que la escasa Jurisprudencia del Tribunal Supremo es favorable a la adopción de este sistema (8).

## 1. La LVC y la responsabilidad, un problema no resuelto

Con el transcurso de los años y después del análisis de las sentencias producidas por los tribunales españoles, resulta difícil olvidar los orígenes de dichas normas que de forma muy especial tenían y tienen un objeto muy claro, la protección del consumidor en los viajes a forfait (9).

El legislador español consideró en todo caso el carácter especial de la materia y, en ningún caso se planteó la posibilidad de introducir la nueva regulación en el articulado del Código Civil o del Código de Comercio, tal como habían hecho en alguno de los países centroeuropeos (Alemania i Holanda de forma especial), que han tenido una mayor consideración por la regulación de los viajes combinados de sus conciudadanos.

En cuanto a la aprobación de la LVC, adaptando la DVC de forma más que singular, sin considerar la estructura y características de las agencias de viajes españolas, no precisando las obligaciones derivadas de la contratación turística en España en sus diferentes niveles y momentos, nos ha llevado transcurridos los años a una situación en la que las agencias de viajes españolas empiezan a sufrir las consecuencias diversas de una regulación no precisa, demasiado confusa y poco clara.

Por otro lado, la necesaria protección de los derechos de los consumidores y usuarios y, quizás, una mayor conciencia de estos y, generalización de los viajes y vacaciones, no ha hecho más que situar a las agencias y los viajes combinados en el «punto de mira» de consumidores y usuarios para lle-

---

(8) ARCARONS, R; HERNÁNDEZ, F; «Diez años después: los viajes combinados llegan al Tribunal Supremo», en esta REVISTA, núm. 29, pp. 429 a 449.

(9) «Pour une politique communautaire du tourisme. Premières orientations» en Buletin des Communautés européennes (Supplement 4/1982). Se trata del primer documento donde se informa de la intención de la Comisión de presentar al Consejo un Proyecto de Directiva sobre la protección de los consumidores en los viajes á forfait.

var a cabo todo tipo de reclamaciones y denuncias, dicho sea de paso, no siempre justas pero en cualquier caso siempre lícitas en la defensa de sus derechos (10).

En definitiva, la LVC planteó durante su vigencia múltiples controversias y, de forma muy especial, en los ámbitos de la responsabilidad de las agencias de viajes. Resulta evidente que, con la Ley de Viajes Combinados *desapareció* la figura del mayorista por carecer de relación alguna con el turista y las agencias minoristas y mayoristas minoristas pasaron a ser detallistas y organizadoras (11).

La problemática jurídica que se plantea es, en ocasiones, múltiple y dispar; probablemente la nula relación existente entre turismo y derecho, durante años, sigue planteando la existencia de dicotomías difíciles de justificar.

Resulta evidente, dentro del funcionamiento del sistema turístico que, el turista contrata, bien con el detallista, bien directamente con el organizador, la prestación de unos servicios concretos, los llamados servicios turísticos.

Los problemas de responsabilidad se plantean, ante todo, como consecuencia de que quienes se encargan de prestar tales servicios son empresas distintas de aquellas con las que el cliente ha contratado. Estas empresas, han sido introducidas de forma voluntaria por la agencia de viajes para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales asumidas frente al cliente.

El turista es una persona física que realiza un contrato, *viaje combinado*, con un profesional, perteneciente a un determinado sector económico: el sector turístico. Esta situación, acostumbra a plantear un cierto desequilibrio entre

---

(10) Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 1 de abril (ref. AC 2005\665): «[...] el sector mayoritario considera que la Ley de viajes combinados, cuya finalidad fue incorporar al derecho español la Directiva 90/314 de la CEE, de 13 de junio de 1990 (LCEur 1990, 614) , lo que pretendía era lograr una mejor protección de los consumidores a través de las pautas contenidas en la comunicación de la Comisión al Consejo sobre “Nuevo impulso a la política de protección de consumidores”. Por lo tanto, el detallista acepta frente al consumidor el plan organizativo y detalles del viaje confeccionado por la mayorista y así lo ofrece al público que a ella (minorista) acude, por lo que frente al consumidor aparece como oferente de un producto cuyo entramado interno de elaboración, no le es —ni tiene por qué— ser expuesto al consumidor, quien contrata directamente con la minorista, sin obligación —ni posiblemente posibilidad— de indagar las relaciones y pactos internos entre mayorista y minorista [...]. A esa finalidad responde el inciso del artículo 11: “La responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualesquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos”».

(11) La LVC definía como organizador a la persona física o jurídica que organiza de forma no ocasional viajes combinados y los ofrece en venta, directamente o por medio de un detallista; asimismo, llamaba detallista a la persona física o jurídica que vende u ofrece en venta el viaje combinado propuesto por un organizador.

las partes, ya que la condición de turista no requiere una calificación especial cosa que no sucede con el empresario turístico y, de forma especial el agente de viajes. Durante el viaje, el turista es un desplazado, esto es una persona física que se encuentra lejos de su lugar de residencia, con todo lo que ello conlleva y que, en la práctica desequilibra todavía más la relación con el agente de viajes.

El proceso de contratación de un viaje combinado no plantea demasiadas dudas al respecto, resulta claro que en él interviene, en la mayoría de ocasiones, una agencia minorista y, que éste se produce en distintas fases. La agencia minorista informaría sobre los viajes ofertados a la venta, facilitando el programa o folleto correspondiente (12).

Por consiguiente, cuando el consumidor decide adquirir alguno de estos viajes, la agencia minorista facilitaría esta información a la agencia mayorista y/o mayorista-minorista con la finalidad de que ésta confirme las condiciones para llevarlo a cabo.

La LVC establecía que organizadores y detallistas eran responsables, cada uno de ellos en el ámbito de gestión, que respectivamente les competiera, de los viajes combinados.

El precepto legal que se ha tenido en cuenta, durante los años de vigencia de la citada ley, y que se ha tenido como base para responder a la pregunta del millón: en caso de incumplimiento de contrato, ¿quién responde ante el consumidor: la agencia detallista o el mayorista? se encuentra recogido en el art. 11 LVC (hoy derogada).

Art. 11 LVC: Responsabilidad de los organizadores y detallistas:

«Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La

---

(12) Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 14 de marzo de 2000 (ref. AC 2000\1483). En este caso y, aunque se trate de una tendencia jurisprudencial minoritaria, considera la sentencia que: « [...] resulta ser única responsable de la organización y ejecución la Agencia Mayorista, sin que ninguna responsabilidad pueda reprocharse a la recurrente detallista respecto a la prestación anormal del viaje combinado [...] constando que la detallista no intervino para nada, ni en la redacción del folleto, ni en la organización ni la ejecución del viaje, pues lo realizó la mayorista, limitándose la minorista a actuar de intermediación y prestar sus servicios a las actoras que fueron cumplidas mediante la contratación e información de todos los cambios que la mayorista les iba realizando [...]. Por lo expuesto, debe estimarse el recurso deducido por Viatges [...] SA, procediendo a su absolución [...]».

responsabilidad será solidaria cuando concurren conjuntamente en el contrato diversos organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos.»

Este precepto ha dado y sigue dando lugar a múltiples y diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Si en algo existe unanimidad es en destacar su poca claridad y su escasa contribución a clarificar un tema, cual es el de la responsabilidad, que constituye una de las piedras angulares de la aplicación práctica de la ley y uno de los temas que más honda preocupación despierta en la actualidad entre los profesionales del sector, dado que incide de manera muy directa y no siempre favorable en el ejercicio de su actividad diaria y sus intereses económicos.

Cabe señalar que, fue en la tramitación de la LVC en el Senado donde se incorporó la «distinción de la responsabilidad por el ámbito de gestión de organizadores y detallistas», ya que el primer proyecto aprobado en el Congreso imponía la responsabilidad solidaria de todos los agentes, reconocida en los últimos años por la línea mayoritaria de la jurisprudencia española (en este caso menor) e incorporada ya, como tal responsabilidad solidaria en el nuevo TRLGDCU.

En el caso de que el viaje pueda llevarse a cabo, se procedería a la formalización del contrato de viaje combinado en un documento donde deberán figurar, entre otros requisitos y condiciones, de una parte, el organizador y el detallista y, de la otra, el consumidor (13).

A pesar de que en general los contratos verbales se puedan considerar válidos, con independencia de que dicha formulación no sea aconsejable, debido a los enormes problemas probatorios que ello puede acarrear en el caso de que surjan diferencias entre las partes; en el caso de los viajes combinados, exige para los mismos la celebración por escrito y la recepción por parte del consumidor de una copia del mismo, así como de la información necesaria que le ayude a comprender el contenido del documento.

---

(13) Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de 27 de junio de 2005 (ref. JUR 2005\186360): «[...] Pues bien indiscutida la existencia de un contrato de viaje combinado entre las partes litigantes que ha de calificarse como de compraventa, pues según la S.T. S. de 23 de julio de 2001 «la relación entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista», le son aplicables la Ley 21/95 de 6 de Julio reguladora de Viajes Combinados y la Ley 27/84 de 19 de junio de defensa de consumidores y usuarios, la primera de las cuales, supuso la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 Jun. 1990, relativa a los viajes combinados, que además de la armonización de las legislaciones en materia de viajes combinados pretende, también, una mayor protección a los consumidores [...]».



Dichas normativas exigen, a su vez, la veracidad y comprobabilidad de toda la información que se facilite al consumidor, en relación a las cláusulas aplicadas a la oferta o promoción de productos o servicios en relación a los intereses económicos y sociales de los consumidores exige los siguientes requisitos:

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a documentos que no se entreguen previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, hay que hacer referencia expresa en el mismo;
- Entrega de copia o documento acreditativo de la operación salvo renuncia expresa del interesado;
- Buena fe entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la posibilidad de aplicar cláusulas abusivas.

El hecho de que el contrato sea vinculante entre las partes no ofrece ninguna peculiaridad. No obstante, en este caso se debe considerar, y ello es de suma trascendencia, que el contenido de la oferta o folleto publicitario (medio más común de ofertar al consumidor los viajes combinados) forma parte también del contrato. Como también cabría incluir cualquier otro medio de promoción o publicidad (prensa, radio, televisión, páginas web ...). Por consiguiente, existen dos documentos físicos en poder del consumidor cuando se contrata un viaje combinado y, el contenido de ambos vincula al organizador por igual.

## **2. Algunas situaciones «delicadas» para las agencias de viajes**

Dentro de la multiplicidad de situaciones que pueden llevar a un cliente a reclamar después de la realización de un viaje, lo que provoca una casuística a la par rica y desconcertante, se quiere en este apartado poner de relieve algunas situaciones que de una manera sistemática le comportan a la agencia, y en numerosas ocasiones a la agencia minorista, atendiendo a la interpretación anteriormente expuesta que los tribunales están haciendo de la letra de la ley, la obligación de indemnizar al cliente. Es por esto que el adjetivo escogido para denominarlas es «delicado». No son sin duda las únicas situaciones problemáticas, pero sí las que encabezan el *ranking de riesgo* para los intereses de las agencias, en especial las minoristas.

### **A) Las lunas de miel**

Supone sin duda un clásico dentro de las situaciones que generan reclamaciones por parte de los consumidores. Según los tribunales, tal como se

puede apreciar en la *Turisprudencia* adjunta, este tipo de viajes combinados son merecedores de una especial protección puesto que se trata de situaciones especialmente sensibles y que deben ser recordadas por los consumidores como experiencias especialmente agradables, lo que abre la vía de las indemnizaciones por daños morales.

Veamos a continuación algunas consideraciones, al menos curiosas, que la *Turisprudencia* reciente realiza a propósito de los viajes de bodas:

Sentencia AP de Lérida, sección 2ª, de 12 de marzo de 1998, rec 74\1998.

*«[...] No es lo mismo hacer un viaje de negocios en que el único perjuicio que se produce al viajero es una incomodidad, fácilmente valorable económicamente por la diferencia de precios entre un alojamiento u otro, que en un viaje de placer, y concretamente la luna de miel, que suele ser o al menos solía ser, único en la vida, en donde se buscan lugares adecuados para poder disfrutar de unos días agradables, y se ven frustradas sus esperanzas al tener que dedicar casi todo ese tiempo [...] en discusiones, gestiones, incomodidades [...]»*

Sentencia AP de Las Palmas, sección 5ª, de 16 de septiembre de 2005, rec 490\2005.

*«[...] cantidad que entiende la Sala debe incrementarse en un 25% en atención a la circunstancia de tratarse del viaje de novios de los apelantes [...] y que implica un mayor quebranto emocional de los afectados [...]»*

Sentencia AP de Baleares, sección 4ª, de 23 de enero de 2006, rec 170\2005.

*«[...] Se trata de una pareja de recién casados en su viaje de novios a una región distinta y totalmente diferente de la de origen y en la que se encuentran desplazados y absolutamente indefensos, ya que no existen, a pesar de los complejos hoteleros de aquella zona, los mecanismos de defensa frente a los incumplimientos que existen en nuestro entorno. Es manifiesto que la valoración del daño moral debe tener en cuenta la especial circunstancia: no se trata de un simple viaje, no son unas vacaciones anuales de una familia, es la ilusión de un joven matrimonio de recién casados [...]»*

Sentencia AP de A Coruña, sección 4ª, de 19 de julio de 2006, rec 343\2006.

*«[...] así como el hecho de ser el viaje de luna de miel de una pareja de joven edad, en el que habían puesto todas sus ilusiones, que se vieron truncadas ante los inconvenientes sufridos en el inicio del viaje, perdiendo 2 noches de hotel y 3 días de destino con la correspondiente manutención, alterándoles en definitiva todo el viaje, sus contenidos, expectativas de excursiones, etc, lo que en prin-*

*cipio era motivo de alegría, divertimento y tranquilidad se truncó en preocupaciones y angustias, en definitiva de decepción. Por todo ello,[...] la cuantía de la indemnización concedida (3000 ) [...] por daño moral, la consideramos prudencial [...]».*

Y, para finalizar, una «perla» que no podíamos pasar por alto, y que, en todo caso, pone de relieve que la especial consideración y protección jurisprudencial que merecen las lunas de miel no queda limitada a los supuestos de primer matrimonio. En otras palabras, que los segundos y sucesivos viajes de boda también pueden suponer ocasiones irrepetibles.

Sentencia AP de Alicante, sección 8ª, de 13 de junio de 2005, rec 253\2005.

*« [...] algunos de los criterios que se aducen por la recurrente (Air Europa) para fundar la inexistencia del daño («que el viaje no era irrepetible, ambos estaban divorciados y habían pasado ya por la experiencia de luna de miel u ocasiones similares ...»), son, cuanto menos, descorteses, inadecuados por su falta de elegancia e impropios, por contener tintes claramente discriminatorios respecto a esas personas [...]».*

## **B) El daño moral**

El TJCE, en su sentencia de 12 de marzo de 2002, en el asunto C-168/00, ha declarado de forma inequívoca, que «el artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado».

Con una clara relación con el apartado anterior, el daño moral es un concepto jurídico de difícil delimitación y cuantificación. Lo que sí es importante afirmar es que es generalizada su inclusión en la Jurisprudencia como concepto indemnizatorio. La descripción de los conceptos que cabe incluir en daño moral se encuentra abundantemente referenciada en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000.

## **C) El caos provocado por el transporte aéreo**

La incidencia del transporte aéreo en el buen o mal funcionamiento de un viaje combinado esta fuera de toda duda: en la actualidad, la mayoría de circuitos combinados incluyen esta modalidad de transporte por razones que son obvias. Sin embargo, no hay que obviar que las nuevas modalidades de con-

tratación electrónica han delimitado variaciones importantes al respecto: si bien es cierto que los organizadores y detallistas deberán responder muchas veces de los incumplimientos contractuales derivados de una defectuosa prestación de los servicios de transporte aéreo, cuando el billete haya sido adquirido por internet, bajo la modalidad «low cost» u otra cualquiera, ello queda fuera del ámbito de gestión de los organizadores y detallistas, no debiendo estos responder ante los supuestos más frecuentes y perjudiciales, como pueden ser pérdidas de equipaje o pérdidas de enlaces.

#### **D) Desastres naturales**

En los supuestos de los inconvenientes provocados en el viaje por huracanes, lluvias torrenciales y demás inclemencias meteorológicas, cabe reconducir la problemática al análisis de la posibilidad de concurrencia de fuerza mayor. Como ya se ha puesto de relieve en diversas sentencias, éste es un supuesto que debe ser considerado de manera restrictiva y limitado a los supuestos en que no se pueden evitar las consecuencias de los fenómenos meteorológicos ni actuando con toda la diligencia debida. Es esencial en estos supuestos que las agencias faciliten toda la información disponible a sus clientes, con propuestas alternativas viables e interesantes en caso de que los viajes programados puedan sufrir alteraciones sustanciales que lleguen incluso a aconsejar su cancelación. Y también, que dicha información llegue a las minoristas con fluidez con procedencia del organizador del viaje, que es quien mejor tiene sus estructuras adaptadas para disponer de ella con un elevado grado de fiabilidad.

### **III. EL TRLGDCU APRUEBA UNA «NUEVA» REGULACIÓN DE LOS VIAJES COMBINADOS**

El 1 de diciembre de 2007, entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

De entrada sería precipitado afirmar que la «nueva» regulación de los viajes combinados es o puede ser consecuencia de las reiteradas sentencias que se han producido durante estos años y, que sin duda han llevado a cabo un arduo proceso de interpretación de la LVC y, de todas aquellas circunstancias, situaciones, etc, que tienen o pueden tener algo que ver con la *programación y venta de viajes combinados*.

El proceso legislativo se puso en marcha con la aprobación de la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (14) y, es consecuencia de lo estipulado en dicha disposición. Lo componen un total de 165 artículos, tres disposiciones transitorias y otras tres finales.

Ante todo, debemos considerar la normativa que se refunde (y que prácticamente deroga), detallada a continuación:

1. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (que queda ahora derogada)
2. La Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (que queda ahora derogada)
3. La Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (derogada sus artículos 48 y 65.1, letras n y ñ, su disposición adicional primera, así como la alusión al artículo 48 y a la disposición adicional primera en su párrafo primero e íntegramente su último párrafo de la disposición final única)
4. La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (que queda ahora derogada)
5. La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (que queda ahora derogada)
6. La Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados (que queda ahora derogada).

El Real Decreto refunde en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, encontrándose entre éstas la Ley de Viajes Combinados. Pero también se han hecho modificaciones que traerán consecuencias importantes en el día a día de los agentes de viajes.

El TRLGDCU llevaba meses discutiéndose y, ha sido objeto de diversos dictámenes, alegaciones y debates, por parte de todos los sectores afectados. Cabe destacar la labor profesional de la Associació Catalana d'Agències de

---

(14) DISPOSICIÓN FINAL QUINTA. Habilitación al Gobierno para elaborar un texto refundido. Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

Viatges (ACAV) (15) que en todo momento planteó sus posiciones, por la vía de alegaciones, realizando una clara defensa de los intereses de sus asociados que con la nueva ley pueden ver afectada una parte de sus actividades y, aportando con posterioridad a su aprobación una completa guía para sus asociados para poder responder ante los retos que plantea el nuevo texto legislativo.

## 1. El TRLGDCU y la responsabilidad, un problema resuelto

La LVC, quedó derogada con la aprobación del TRLGDCU. El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias se estructura en cuatro libros. En el libro cuarto, por último, se incorpora la regulación específica sobre viajes combinados. Este libro se divide en dos títulos, el primero sobre disposiciones generales y el segundo sobre resolución del contrato y responsabilidades.

El concepto de viaje combinado viene establecido en el art. 151 LGDCU, junto con otros conceptos importantes. Debemos entender que existe un viaje combinado cuando concurren los siguientes elementos:

- a) Duración mínima del viaje de 24 horas o pernoctación, requisitos que normalmente se darán simultáneamente, por cuanto el segundo será consecuencia del primero.
- b) Venta del viaje con arreglo a un precio global. Es importante señalar que el art. 150.2 de la LGDCU establece de manera expresa que el hecho de facturar por separado los servicios que integran el viaje no exime al profesional de la aplicación de la presente Ley, garantizando de esta manera una amplia cobertura de los derechos del consumidor.
- c) Concurrencia de, al menos, 2 de los 3 elementos siguientes:
  1. Transporte;
  2. Alojamiento;
  3. Otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje.

No cabe duda que una de las principales modificaciones que incorpora el TRLGDCU, es la del artículo 162.1: «[...] *La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato, cualquiera que sea su clase y las*

---

(15) La ACAV, una vez aprobado el TRLGDCU, ha elaborado una guía práctica para orientar a los agentes de viajes, al respecto de este cambio normativo (en [www.acav.net](http://www.acav.net)).

*relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado [...]».*

En un principio, se trata, sin lugar a dudas de un cambio de considerable repercusión para las agencias de viajes, ya que de acuerdo con este nuevo redactado la responsabilidad entre la agencia organizadora del viaje y la vendedora del mismo es solidaria, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición que se reconoce en el mismo artículo. Es decir las agencias intervinientes, en la programación y venta de viajes combinados, responden frente al cliente de forma solidaria, motivo por el cual el cliente puede dirigir su reclamación indistintamente al organizador o al detallista del viaje.

Cabe señalar que en los últimos años, diferentes estudios llevados a cabo desde la EUHT CETT planteaban el hecho de que se estaba produciendo una línea mayoritaria en la jurisprudencia, denominada menor (también llamada por nosotros TURISPRUDENCIA, en estudios i publicaciones propios), que se inclinaba por considerar «la responsabilidad solidaria de todos aquellos empresarios, organizadores o detallistas, que concurren en el contrato de viaje combinado». Las sentencias contrarias eran, en todo caso minoritarias, se trataba en estos supuestos de la denominada «responsabilidad mancomunada».

Ante esta realidad, ya detectada en los últimos años ... la pregunta resulta muy evidente: ¿Qué ha cambiado? De momento, la nueva Ley ha reconocido en su redactado la línea mayoritaria de la «Turisprudencia», convirtiendo la «responsabilidad solidaria», entre organizadores y detallistas que concurren en un contrato de viaje combinado en una norma que en estos momentos ya no plantea demasiadas dudas.

No obstante, el TRLGDCU ha planteado una notable preocupación para las agencias de viajes españolas, que sufren desde hace unos años problemáticas diversas, fruto de las particularidades y especificidades de una industria turística, cada vez más global y, de un subsector empresarial (agencias de viajes) con graves problemas de identidad y de sostenibilidad económica: aumento de la competitividad, descenso de las comisiones, competencia desleal, legislación dispersa y contradictoria ..., y por si fuera poco, los requisitos legales a los que deben enfrentarse varían de una CCAA a otra.

## **A) El TRLGDCU y las normativas de las CCAA**

El TRLGDCU, deroga la LVC aunque en ningún caso introduce modificaciones, ni afectaciones a las normativas de las CCAA en esta materia. Es por ello que, como venía sucediendo hasta la aprobación del TRLGDCU, será el

lugar de celebración del contrato de viaje combinado el que determinará la aplicación de unas u otras normativas.

En cualquier caso, la línea mayoritaria de la jurisprudencia, reiterada en los últimos años, viene considerando la aplicación de la normativa estatal en estos casos, la normativa estatal que en estos casos será a partir de ahora el TRLGCDU, siempre con independencia del lugar de celebración del contrato.

En lo que hace referencia a la problemática administrativa, debe señalarse el hecho que cada CCAA aplicará la normativa autonómica correspondiente, siempre y cuando exista, y en su defecto el TRLGCDU.

En cuanto a la potestad sancionadora, el TRLGCDU establece de forma expresa que en materia de infracciones y sanciones será de aplicación la legislación específica sobre la materia aplicada por las Administraciones públicas competentes en materia de turismo. Es decir, en lo referente a infracciones y sanciones se aplicarán las normativas de cada Comunidad Autónoma, administraciones públicas competentes en materia de turismo.

## **B) La necesidad de modificar folletos y contratos**

El mencionado texto legislativo es aplicable a partir del 1 de diciembre de 2007. Los folletos y las páginas web de las agencias de viajes deben estar actualizados de acuerdo a la normativa. Sin embargo, dada la dificultad de adaptación inmediata ACAV ha enviado un escrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, del Gobierno español, solicitando una moratoria en la aplicación de dicha normativa, a fin de que se otorgue un periodo razonable para la adaptación a la misma. En esta misma situación se encuentra la Asociación de Mayoristas de Agencias de Viajes Españolas (AMAVE) que también pedirá una moratoria al citado ministerio.

No obstante y, a la espera de la solicitada moratoria, que difícilmente se producirá, cualquier mención a la Ley 21/1995 de viajes combinados, realizada en folletos, contratos, páginas web, entre otros comunicados y publicaciones de la empresa, debe ser sustituida por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Por otro lado, en cuanto a los servicios contemplados en la pensión alimenticia y, concretamente la inclusión de las bebidas en el régimen contratado por el consumidor, es necesario especificar si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto. Si están incluidas en su totalidad no tiene que indicarse nada.



Asimismo, debe especificarse el precio final del viaje, incluidos los impuestos. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, debe incluirse información sobre su existencia y, si conoce, su importe. Es decir, en el folleto deberá informarse sobre la existencia de propinas, tasas, visados, entre otros, inherentes a los servicios contratados y que el consumidor deberá pagar en destino.

En este caso, se produce una modificación en las obligaciones de las agencias contempladas en la derogada LVC, que deberá de contemplarse en el sentido de una interpretación uniforme debido a las especiales circunstancias que concurren en la dinámica y práctica de turoperadores y agencias de viajes. Esto es así, ya que la dinámica y práctica seguida por los propios turoperadores y agencias de viajes imposibilita el poder facilitar en el folleto el precio final completo, ya que un mismo viaje descrito en un folleto puede tener precios finales muy diferentes en función de las opciones elegidas por el cliente. En este sentido, se han pronunciado la mayoría de asociaciones empresariales y profesionales del sector que consideran ciertamente difícil el cumplimiento de dicha nueva obligación.

Asimismo, los impuestos y tasas varían constantemente, siendo muy difícil detallarlos en el folleto. Por último, la expresión de precio final completo implica que los mismos deben incluir los gastos de gestión aplicados por las agencias detallistas, siendo ello del todo imposible, pues los gastos de gestión son fijados y aplicados por cada agencia minorista, mientras que el folleto lo publica una agencia mayorista, la cual desconoce los gastos de gestión que cada agencia minorista va a aplicar. Es decir, será necesario establecer criterios interpretativos claros al respecto y/o modificar el contenido y características de dicha obligación.

El TRLGCDU, desarrolla en los artículos 152 al 154 la forma, contenido e información que deben contemplar tanto el folleto turístico, programa y oferta de viajes combinados; como el mismo contrato de viaje combinado. En ambos casos la información deberá ser por escrito, clara, comprensible y precisa.

**CUADRO 1.1**  
**Información precontractual y formalización del contrato**

<b>Contenido mínimo del programa o folleto informativo</b>	<b>Contenido mínimo del contrato de viaje combinado</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Destino y medios de transporte, con mención de sus características y clase;</li> <li>• Duración, itinerario y calendario de viaje;</li> <li>• Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial;</li> <li>• El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto;</li> <li>• Información sobre documentación requerida y formalidades sanitarias;</li> <li>• Precios, anticipos y condiciones de pago;</li> <li>• Número mínimo de inscripciones y fecha de anulación caso de no cubrirse;</li> <li>• Régimen de responsabilidades y cancelaciones;</li> <li>• Nombre y domicilio del consumidor y de su representación en España;</li> <li>• Toda información adicional y adecuada a las características del viaje ofertado.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Destino;</li> <li>• Periodos y fechas;</li> <li>• Características de los medios de transporte;</li> <li>• Fechas, horas y lugares de salida y de regreso;</li> <li>• Características del alojamiento y número de comidas;</li> <li>• Número mínimo de inscripciones y plazo de antelación para avisar al consumidor en caso de cancelación (mínimo de 10 días);</li> <li>• Itinerario;</li> <li>• Visitas, excursiones y demás servicios incluidos en el precio global;</li> <li>• Nombre y dirección de organizador, detallista y asegurador;</li> <li>• El precio, especificando impuestos y cantidades no incluidas en el global, junto con modalidades de pago, calendario y financiación;</li> <li>• Toda solicitud hecha por el consumidor y aceptada por el profesional;</li> <li>• Obligación del consumidor de comunicar al profesional cualquier incumplimiento contractual;</li> <li>• Plazos para que el consumidor ejerza su reclamación y exija la confirmación de su reserva.</li> </ul>

Fuente: ARCARONS; CASANOVAS; HERNÁNDEZ; MARTÍNEZ (2008), *Guía para viajar: derechos y obligaciones de los turistas*, Editorial Síntesis. Madrid.

### **C) El contrato de viaje combinado: nuevas obligaciones**

En este caso, el TRLGCDU establece en su artículo 154, j) y k), dos nuevas obligaciones, no contempladas en la derogada LVC:

- DESGLOSAR los gastos de gestión, en el precio del viaje combinado, así como una indicación de toda posible revisión del mismo, ajustado a lo previsto en el artículo 157, y de los posibles derechos e impuestos correspondientes a los servicios contratados, cuando no estén incluidos en el precio del viaje combinado;
- ESPECIFICAR los gastos de anulación, si los hubiere y puedan calcularse razonablemente de antemano, debidamente desglosados. Si no pudiera calcularse su importe razonablemente de antemano, el hecho de que se podrán repercutir tales gastos, siempre que se hayan producido efectivamente.

Considerando que la programación de viajes combinados es realizada en gran parte por las agencias mayoristas, organizadora en gran parte de los servicios contemplados en dichos viajes y su venta posterior es realizada por las denominadas agencias detallistas o minoristas, resulta prácticamente incomprensible, en la práctica, la obligación de desglose de los denominados gastos de gestión. Esto es así, ya que en la práctica cotidiana las agencias mayoristas, organizadoras del viaje, se acostumbran a desconocer los gastos de gestión que aplicarán en la venta de sus viajes las agencias detallistas o minoristas.

En el momento de confirmación de la reserva, el consumidor deberá ser informado, por escrito: de los horarios y lugares de las escalas y los enlaces previstos, así como la indicación de la categoría del lugar que deberá ocupar el viajero en el medio o medios de transporte que vayan a ser utilizados; el nombre, dirección y teléfono de la representación del organizador o detallista en destino; información que permita establecer un contacto directo con los menores en sus viajes al extranjero o con sus responsables en destino; información relativa al seguro de asistencia de viaje o al seguro de gastos de cancelación; etc., un amplio catálogo que obliga, ocupa y, preocupa a las agencias de viajes españolas.

De nuevo un amplio catálogo de obligaciones, necesarias o no, definidas y desarrolladas sin considerar en la mayoría de los casos las especiales circunstancias que giran alrededor de la programación y venta de viajes combinados. Con respecto, a la información sobre la indicación de la categoría del lugar que deberá ocupar el viajero y sobre la dirección y teléfono de la representación de la organización en destino, hubiese sido necesario, de nuevo, contemplar las opiniones fundamentadas de las asociaciones y profesionales en la programación y venta de dichos viajes.

En este caso, cabe señalar que la ACAV ha solicitado al Ministerio la eliminación de la obligación de entregar dicha información como muy tarde en el momento de la confirmación de la reserva. ACAV considera que es suficiente que la misma se entregue al cliente unos días antes de la fecha de la salida, pues es del todo imposible que la agencia en momento de la confirmación informe al cliente del número de asiento o del número de camarote que va a ocupar.

Probablemente, el legislador ha olvidado, en este y en otros casos, la logística básica que debe regir en una adecuada y profesional programación y venta de viajes combinados.

#### **D) Resolución del contrato y responsabilidades**

En los casos de resolución del contrato por causa imputable al organizador o cancelación del viaje, antes de la fecha de salida acordada, el consumidor podrá exigir el reintegro de las cantidades desembolsadas al empresario al que se las abonó, o bien la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo (art. 159, del TRLGCDU).

En la práctica ello se traduce en que el consumidor podrá dirigirse al minorista y exigirle el reembolso de las cantidades abonadas en el plazo máximo de 30 días (art. 76, del TRLGCDU). En el caso de que el mayorista no reintegre tales cantidades, el minorista deberá asumir esa responsabilidad, pudiendo luego repercutirlas al mayorista.

No produciéndose el reintegro de dichas cantidades, dentro de los plazos establecidos, el consumidor podrá exigir al minorista y/o mayorista el doble de la cantidad desembolsada.

Tratándose de resolución del contrato por causa imputable al consumidor y usuario, el art. 160, del TRLGCDU, contempla que: « [...] en todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor: a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 % del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 % entre los días tres y diez, y el 25 % dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida. De no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pen-

dientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido; b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes [...]».

En este caso, las asociaciones empresariales y profesionales han solicitado al Ministerio reciprocidad en lo referente a las obligaciones de los consumidores. Es decir, se solicita que se introduzca la obligatoriedad de que si el consumidor cancela el viaje éste deberá abonar los gastos de gestión y anulación en el plazo máximo de 30 días, y en el supuesto de que el cliente no abone dichos gastos en dicho plazo, la agencia queda facultada a exigirle el doble. La propuesta de dichas asociaciones, no deja de ser singular, a pesar de la mencionada reciprocidad y de la obvia licitud de estas propuestas.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Probablemente, las primeras sentencias que llegaron a nuestro conocimiento sobre la problemática programación y venta de viajes combinados, no dejaron de sorprendernos; la interpretación que se estaba dando de la derogada LVC, no era lo esperado para aquellos que en su trámite parlamentario y, en el Senado habían introducido un nuevo redactado del artículo 11, de la LVC, que por su indefinición, inconcreción y falta de claridad no haría más que introducir inseguridad, tanto en la industria del viaje española, como en las relaciones entre agencias de viajes y consumidores y, entre éstas y los correspondientes prestatarios de servicios.

La LVC, ya derogada, es ya historia. En la actualidad la programación y venta de viajes combinados se rige por una nueva ley, el TRLGCDU, que no ha hecho más que incorporar en su texto alguno de los conceptos controvertidos en la LVC y, que los tribunales españoles a partir de sus sentencias se habían preocupado de aclarar, no sin controversias y debates múltiples y variados entre los diferentes agentes afectados por dicha problemática.

Han sido múltiples y diversas, aunque con una clara tendencia a la uniformidad en los últimos años, las sentencias producidas, siempre discutibles, que hoy podríamos recordar al amparo del nuevo texto, que algunos sectores han denominado «cambio legislativo».

La aprobación del TRLGCDU reabrió el debate de la responsabilidad de las agencias de viajes y, del tan controvertido art. 11, de la derogada LVC: «[...] tanto organizadores como detallistas son responsables solidarios ante

los consumidores de los viajes combinados, [...] según se desprende del art. 162.1, del TRLGCDU [...]». Es decir, parecería que el problema de la responsabilidad está resuelto, con todo lo que implica; a pesar de que sigan abiertos foros y debates sobre la injusticia de dicho redactado tan claro y preciso (AEDAVE, UNAV, declaraciones y jornadas producidas a partir de la aprobación del citado texto, 2008).

En este sentido, cabe recordar que, desde hace unos años los tribunales españoles estaban interpretando la problemática generada por la programación y organización de viajes combinados ... en otra línea.

Los tribunales entendieron e interpretaron la LVC, generando sentencias diversas que se fueron inclinando por una línea mayoritaria y, que luego en algunos aspectos serían contemplados en el nuevo TRLGCDU.

Es un claro ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) de 9 de septiembre de 2003 (ref. AC 2003\1682): «[...] la persona que contrata un viaje en una Agencia, ya sea el mero transporte o alojamiento o una combinación de ambos, tiene derecho a que en caso de fracaso del servicio contratado por causa no imputable al mismo, respondan de aquél todos aquellos que se benefician del precio pagado, y que, en este caso, lo son tanto el minorista (Agencia de Viajes) que recibe el encargo, como el mayorista (...) que oferta el servicio y por cuya mediación se realiza. En consecuencia, el cliente, usuario y consumidor del producto, que resulta perjudicado por el servicio contratado, puede dirigir su acción reclamatoria contra cualquiera de ellos, sin perjuicio del derecho de repetición [...]».

En definitiva, resulta necesario afrontar los «nuevos» escenarios con serenidad y profesionalidad, tal y como lo han demostrado la Associació Catalana d'Agències de Viatges y la mayoría de profesionales de este sector. Agencias de Viajes y profesionales que son conscientes que pasó la época de la intermediación ... y el futuro, sin duda prometedor, pasa por el asesoramiento profesional a unos clientes cada vez más exigentes, más profesionales y con más ganas de viajar.

El futuro sigue en manos de aquellos empresarios y profesionales que quieran afrontarlo sin «victimismos» (que son comprensibles en estos momentos), y con una, ahora más que nunca, imprescindible unidad y profesionalidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AMAT, P. (2002): *La contratación en el sector turístico*, Tirant lo Blanch, València.
- ARCARONS, R; CASANOVAS, O; HERNÁNDEZ, F; MARTÍNEZ, M. (2008), *Guía para viajar: derechos y obligaciones de los turistas*, Editorial Síntesis, Madrid.
- ARCARONS, R. (1999): *Manual de derecho administrativo turístico*, Síntesis, Madrid.
- «L'aplicació de la directiva comunitària sobre viatges combinats», en ETC., *Estudis de Turisme de Catalunya*, 2000, pp. 17-24.
- ARCARONS, R.; CASANOVAS, O.; SERRACANT, F. (1999): *Manual de derecho mercantil aplicado a las enseñanzas turísticas*, Síntesis, Madrid.
- ARCARONS, R.; CASANOVAS, O.; SERRACANT, F. (2000): *Manual de derecho civil aplicado a las enseñanzas turísticas*, Síntesis, Madrid.
- ARCARONS, R; CASANOVAS, O; HERNÁNDEZ, F. (2005): «La Ley de Viajes Combinados: 10 años de jurisprudencia», en esta REVISTA, 27, Diciembre 2005, Gobierno de Aragón, pp. 225-254, Zaragoza.
- ARCARONS, R; CASANOVAS, O; HERNÁNDEZ, F. (2006): «Diez años después: los viajes combinados llegan al Tribunal Supremo», en esta REVISTA, 29, Diciembre 2006, Gobierno de Aragón, pp. 429-450, Zaragoza.
- AURIOLES, A. (2002): *Introducción al derecho del turismo*, Tecnos, Madrid.
- BECH, Josep M. (2001): *La responsabilidad contractual de los organizadores y los detallistas de viajes combinados*, Girona, Servei de Publicacions de la Universitat de Girona, edición en microficha.
- «Responsabilidad contractual del organizador de viajes combinados por accidentes en excursiones facultativas», en *La Ley*, 2002-2, D-57, pp. 1841-1848.
- «Responsabilidad del detallista por su ámbito de gestión del viaje combinado: su difícil condición de representante tras la Ley Española 21/1995», en *IFTTA, The International forum of travel and tourism advocates*, 16th Congress 2004.
- BLANQUER, David (1999): *Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, València.
- BOLDO, C. (2000): «El contrato de viaje combinado», en *Lecciones de Derecho del Turismo*, cit., pp. 225-256, Tirant lo Blanch, València.
- BROSETA, M.: «Aspectos generales para una introducción sobre el derecho de los consumidores», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al prof. A. Polo*, ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1981, pág. 76.

- CASANOVAS, O; MARTÍNEZ, M. (2006): «Jurisprudencia y transporte aéreo: de la liberalización a la protección de los derechos de los pasajeros», en esta REVISTA, 27, Diciembre 2006, Gobierno de Aragón, pp. 451-478. Zaragoza.
- CONTRERAS DE LA ROSA: «Responsabilidad de agencias organizadoras y detallistas de viajes combinados. Art. 11.1 de la Ley 21/95, de 6 de julio», en en *Derecho y Turismo, III Jornadas de Derecho Turístico*, Málaga, 2000.
- DE BORJA, CASANOVAS, BOSCH (2002): *El consumidor turístico*, ESIC, Madrid.
- GOITIA, V; GONZÁLEZ, N. (2007): *Encara es poden veure les estrelles?* (Proyecto Fin de Carrera), EUHT CETT, Barcelona.
- GUINCHARD, M. (1998): «La réglementation européenne des transports aériens», *Annuaire Français de Droit*, 205, n° 1 janvier-mars 1998, 52ème année.
- HERNÁNDEZ, F. (2006): «*El turisme a judici*». *10 anys de jurisprudència arrel de l'aprovació de la llei del viatges combinats* (Proyecto Fin de Carrera), EUHT CETT, Barcelona.
- GIMENEZ, A. (2006): *Jurisprudencia turística en el sector hotelero* (Proyecto Fin de Carrera), EUHT CETT, Barcelona.
- LASARTE, C. (2005): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid.
- LUENGO, J. (1992): *Legislación Turística y Derecho Administrativo*. Ed. Universitat, Madrid.
- MAQUEDA, C; TEIXIDOR, J. (2007): *Agencias de Viajes en la Unión Europea: un mercado poco común* (Proyecto Fin de Carrera), EUHT CETT, Barcelona.
- MARTÍN, M.: «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», en RGD, 1999, pp. 9405-9443.
- «Las condiciones generales del contrato de viaje combinado (Algunos aspectos de los llamados “Clausulado 2000” y “Clausulado del consenso”)», en *Derecho y Turismo, III Jornadas de Derecho Turístico*, Málaga, 2000.
- «Las condiciones generales del contrato de viaje combinado», en Menéndez Menéndez, A.; Díez-Picazo, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, pp. 1389-1425.
- MARTÍN CASALS, M.; RIBOT, J.; BECH, Josep Maria (2002): «El contracte de viatge combinat», en *L'exercici de les competències sobre Dret Civil de Catalunya* (Materials de les onzenes).



- PÉREZ MORIONES, M.A. (1994): *El contrato de gestión hotelera*, Tirant lo Blanch/Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia.
- Py, P. (2002): *Droit du Tourisme*, Editions DALLOZ, Paris.
- ROCA, E; CEBALLOS, M.; PÉREZ, R. (2004): *Código de Turismo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- SOLER, A. (2005): *El contrato de viaje combinado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

### **MONOGRAFÍAS, OBRAS COLECTIVAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES**

- AURIOLES MARTÍN A. (Coord.): «Derecho y Turismo» (*I y II Jornadas de Derecho Turístico*, Málaga 1998-1999), Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1999.
- AURIOLES MARTÍN, A. (Coord.): «Derecho y Turismo» (*III Jornadas de Derecho Turístico*, Málaga 2000), Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2000.
- AURIOLES MARTÍN, A. (Coord.): *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, Atelier, Barcelona, 2003.
- AURIOLES MARTÍN, A. (Coord.): «Derecho y Turismo» (*IV, V y VI Jornadas de Derecho Turístico*), Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- AURIOLES MARTÍN, A.: «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 206, octubre-diciembre, 1992, pp. 819-862.
- BLANQUER CRIADO, D. (Coord.): *Turismo*, II Congreso Universidad y Empresa, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- BLANQUER CRIADO, D. (Coord.): *Turismo*, III Congreso Universidad y Empresa, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- GARCIA RUBIO, M.P.: *La responsabilidad contractual de las Agencias de viajes. El contrato de viaje combinado*, Montecorvo, Madrid, 1999.
- GUERRERO LEBRÓN, M<sup>ª</sup> J.: *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- MELGOSA ARCOS, F.J. (Coord.): *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, Fundación Cultural Santa Teresa, Ávila, 1995.

MELGOSA ARCOS, F.J. (Coord.): *II Jornadas sobre Derecho y Turismo*, Fundación Cultural Santa Teresa, Ávila, 1997.

MELGOSA ARCOS, F.J. (Coord.): *III Jornadas sobre Derecho y Turismo*, Fundación Cultural Santa Teresa, Ávila, 1999.

MELGOSA ARCOS, F.J. (Coord.): *Derecho y Turismo*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

# LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA

SERGIO CASTEL GAYÁN

**SUMARIO:** I. EL SECTOR TURÍSTICO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI: 1. Breve repaso histórico de la política turística en España. 2. La intervención administrativa en la nueva política turística.— II. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR: 1. Un nuevo contexto para la política turística: globalización, localismo y Nuevas Tecnologías. 2. Las Nuevas Tecnologías como instrumento para el sector turístico: posibilidades, peligros y retos.— III. LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA POLÍTICA TURÍSTICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO. 1. ¿Cómo inciden las Nuevas Tecnologías en la intervención administrativa en el sector turístico? 2. La actividad de prestación. A) Paradores de Turismo y Hospederías. B) Oficinas de Turismo. 3. La actividad de planificación. 4. La actividad de limitación. Especial referencia a la protección del turista como consumidor y usuario. 5. La actividad de promoción y fomento. A) La instrumentalidad de las Nuevas Tecnologías en la promoción turística. B) Fomento y Nuevas Tecnologías. 6. Nuevas Tecnologías y estudios turísticos: una relación fundamental para una política de calidad.— IV. CONCLUSIÓN: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AL SERVICIO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA NORMATIVA TURÍSTICA.

**RESUMEN:** El turismo es una de las actividades más características de la sociedad actual, configurándose como una importante fuente de desarrollo económico, social y cultural para los territorios. Consciente de su importancia, la Administración Pública española ha tomado un interés extraordinario por el mismo ya desde inicios del siglo XX, adecuando su intervención a la propia evolución del sector y a las nuevas demandas del turista. En los últimos años el sector turístico se ha visto inmerso en un proceso de transformación, fundamentalmente por los efectos que están provocando las Nuevas Tecnologías. En estas páginas se pretende analizar estos efectos, siempre desde la perspectiva de la intervención administrativa.

*Palabras clave:* nuevas tecnologías; Administración turística; calidad; competitividad; diversificación.

**ABSTRACT:** *Tourism is one of the most characteristic activities in today's society and becoming an important source of economic, social and cultural development for certain areas. Aware of this importance, the Spanish administration has taken great interest in tourism from as early as the beginnings of the 20th century adjusting its interven-*

*tion to the evolution of the sector and the changing demands of the tourists. In recent years the tourist industry has undergone a profound transformation mainly due to the effects provoked by new technologies. The following pages are an intent to analyze these effects from the point of view of the authorities' intervention.*

*Key words: new technologies; tourist board; quality; competitiveness; diversification.*

Desde hace ya algún tiempo, el sector turístico está siendo objeto de importantes transformaciones provocadas por causas internas y externas que están cambiando la forma tradicional de «hacer turismo». El desarrollo de las comunicaciones y los transportes, los cambios de comportamiento de la demanda turística, el aumento de la competencia o el desarrollo de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, son factores que están incidiendo en el desarrollo actual de la actividad turística, tanto en el ámbito público como privado.

Si un elemento ha incidido de sobremanera en el turismo desde finales del siglo XX, este ha sido sin lugar a dudas las Nuevas Tecnologías. Y es que estas Tecnologías de la Información y la Comunicación han provocado un cambio en la forma de organizar la empresa turística y en su relación con el usuario, así como una transformación en la comercialización de sus productos turísticos, lo que ha dado lugar al surgimiento del llamado *e-turismo*. La aldea global que han configurado las Nuevas Tecnologías en el ámbito de la actividad turística supone en última instancia la eliminación de fronteras y la universalización de las relaciones e intercambios, de tal manera que cualquier punto y cualquier recurso turístico se encuentra a disposición del usuario de forma rápida, sencilla y eficaz.

Ahora bien, no hay que olvidar que la relación Nuevas Tecnologías/Turismo no sólo ha redefinido las estructuras de la actividad turística en el ámbito privado, sino que también está incidiendo en la actuación pública. Ésta debe aprovechar las oportunidades que plantean y ofrecen las Nuevas Tecnologías para el cumplimiento eficaz y eficiente de las tareas que le encomienda el actual ordenamiento jurídico.

Mucho se ha escrito sobre las Nuevas Tecnologías y su incidencia en la empresa turística. Aquí se plantea, sin embargo, una perspectiva diferente, como es la relación Administración Turística/Nuevas Tecnologías. Para ello, conviene hacer un breve repaso a la evolución de la política turística y de la intervención administrativa en este sector. Y es que saber desde que punto partimos y en que contexto nos encontramos resulta fundamental para en última instancia comprender las posibilidades que las Nuevas Tecnologías ofrecen a la Administración Turística.

## I. EL SECTOR TURÍSTICO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI

### 1. Breve repaso histórico de la política turística en España

Como se ha comentado anteriormente, es indudable y a nadie escapan los cambios tan importantes que se han ido produciendo durante el último siglo en el sector turístico, tanto desde la perspectiva de lo «público» como de lo «privado». Cambios que han ido en paralelo a las transformaciones acaecidas en las demandas de una sociedad que, con el paso de tiempo, ha ido dando más importancia al turismo como ocio, y la consiguiente transformación en la forma de actuar de los poderes públicos.

Diversos autores y diferentes trabajos han analizado la evolución de este fenómeno desde sus orígenes, perspectiva que debe ser tenida en cuenta para entender el estado actual de la intervención administrativa en el sector, y servir de base para definir propuestas de mejora y desarrollo. En este sentido, en la evolución de la política turística española durante el último siglo se pueden distinguir tres grandes fases o etapas (1), en función del papel desempeñado por los poderes públicos en su desarrollo, de la posición de éstos respecto al sector privado, y de los objetivos perseguidos por la intervención pública.

Una *primera etapa* se desarrolla desde inicios del siglo XX hasta el surgimiento del llamado boom turístico. Se produce el nacimiento de la política turística propiamente dicha como consecuencia de la percepción por parte de los poderes públicos de la importancia de esta actividad para el desarrollo económico, social y cultural del país, creando a tal fin diversas instituciones públicas que guiaran y orientaran la nueva política turística que estaba surgiendo (2).

Tras la Guerra Civil y el decaimiento extendido durante los años de la posguerra, que supusieron un freno para el desarrollo de la política turística española, se inicia una *segunda fase* que tiene lugar durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, produciéndose la verdadera y gran explosión del turismo. Con la consideración de la actividad turística como fenómeno de masas, se configura en nuestro país el que se ha dado en llamar el «boom

---

(1) José TUDELA ARANDA, *La problemática jurídica de la calidad turística*, en esta REVISTA, nº 23, 2003, pp. 131-154.

(2) Así, mediante Decreto de 6 de octubre de 1905, se creó la primera institución administrativa, la Comisión Nacional de Turismo, sustituida por la Comisaría Regia de Turismo mediante Real Decreto de 19 de junio de 1911. Posteriormente, fue creado el Patronato Nacional de Turismo (Real Decreto de 25 de abril de 1928) que, sustituyendo a la Comisaría Regia, tenía encomendadas nuevas funciones de fomento y promoción.

turístico», que tiene sus primeras manifestaciones a principios de la década de los sesenta. Nace así el «modelo de sol y playa», caracterizado por ser barato y de baja calidad donde el objetivo último y único es maximizar el número de ingresos y el número de turistas. Este objetivo prioritario deja al margen cualquier consideración en torno al aspecto medioambiental, urbanístico, o estético de la actividad, omite la preocupación por la conservación del patrimonio cultural o por una ordenación territorial coherente de los recursos turísticos, lo que en última instancia trajo consigo graves problemas de estacionalización del sector y de fuertes agresiones medioambientales.

A finales de la década de los ochenta se empieza a plantear la necesidad de reconfigurar la política turística debido a la importante crisis que sufre el sector, como consecuencia tanto del agotamiento del modelo anterior como de los cambios que se dan en la demanda turística. Se inicia así una *tercera etapa* en la que las notas prevalentes y los ideales a los que se ha de dirigir el sector son la calidad en la prestación de servicios, la diversificación de la oferta, la adaptabilidad de ésta a las preferencias y exigencias del turista, así como una mayor atención a los aspectos medioambientales que genera la actividad. Estos cambios provocan así un cambio de perspectiva y definición del modelo ideal, de tal forma que si en la anterior etapa se hablaba de un «modelo de sol y playa», en la actual surge el nuevo modelo turístico de «diversidad y de calidad». Bajo la idea de «calidad» como referente del sector, se traslada su principio informador desde un criterio meramente economicista y cuantitativo a un criterio cualitativo que, sin olvidar la importancia económica del fenómeno turístico, persigue la consecución de objetivos complementarios.

En defensa de este modelo, se argumenta que éste aporta mayores ventajas y beneficios desde una perspectiva económica, social y territorial.

En primer lugar, supone un incremento de renta y empleo al no configurarse ya como una actividad estacional. Su nueva definición de actividad estable y continuada a lo largo de cualquier época del año permite que el flujo de rentas y la creación de puestos de trabajo sea mayor, pero ya no sólo en el sector turístico, sino también en aquellos sectores que directa o indirectamente se pueden ver beneficiados; y es que la multisectorialidad del turismo hace que en las localidades turísticas se genere empleo y riqueza en los más diversos sectores de la actividad empresarial. Este modelo, en segundo lugar, crea oportunidades para el desarrollo regional, ya que el modelo basado en la desestacionalización y la diversificación de su oferta permite que los beneficios se repartan por todo el territorio. En este sentido, no cabe duda de la importancia de la actividad turística como instrumento al servicio de la cohesión territorial, económica y social. Un tercer argumento defiende que el nuevo

modelo potencia el turismo interesado en la identidad y patrimonio de los pueblos, favoreciendo y enriqueciendo el intercambio cultural, actuando así como instrumento de acercamiento entre sociedades. Finalmente, se da sentido en toda su potencialidad al principio de desarrollo sostenible alcanzando un equilibrio entre libertad de empresa/desarrollo económico y protección medioambiental, patrimonial y territorial.

Desde un punto de vista jurídico, el cambio experimentado por el modelo turístico ha tenido dos hitos dinamizadores fundamentales que en cierta medida han posibilitado encontrar el respaldo oportuno para operar tal transformación.

En primer lugar, la aprobación de la Constitución Española de 1978 ha supuesto, como en otros tantos sectores, la referencia que ha servido de faro para iluminar el desarrollo de un nuevo modelo basado en otros valores que no sólo los económicos. Y es que nuestro texto fundamental cierra las puertas a cualquier iniciativa enfocada única y exclusivamente hacia el enriquecimiento económico del país, promoviendo así, desde la perspectiva sectorial que aquí nos interesa, una política turística renovada por la elevación al rango constitucional de un conjunto de valores y principios que condicionan la actuación de los poderes públicos y de los agentes privados; son los llamados principios rectores de la política social y económica, algunos de los cuales inciden en la ordenación del sector turístico (3).

Pero además, no hay que olvidar que el proceso de descentralización política promovido por la Constitución Española supone una reestructuración del sistema competencial en la materia al reconocer, en virtud del artículo 148.1.18, que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial, lo que ha sido asumido por todas las Comunidades como competencia exclusiva en sus respectivos Estatutos de Autonomía; sin que, por otra parte, el artículo 149

---

(3) Piénsese en el artículo 40 de nuestro texto fundamental, precepto que respaldaría la utilización de la política turística como instrumento de cohesión económica, social y territorial, al recoger el mandato dirigido a los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa. O en el artículo 45, que apuesta por un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona a través de un carácter bifronte, es decir, como un derecho y como un deber, a la vez que establece un mandato para los poderes públicos, como es el de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales. El artículo 46, en conexión con lo que se ha dado en llamar el turismo cultural, establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la conservación y la promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico. O en relación con la protección del turista desde su consideración de consumidor y usuario de recursos turísticos, el artículo 51 resalta la necesidad de que los poderes públicos garanticen la defensa de los consumidores y usuarios.

contenga ninguna referencia expresa al turismo a favor del Estado. Este nuevo sistema competencial ha posibilitado que las Comunidades Autónomas aprueben sus correspondientes leyes generales de ordenación del sector y desarrollen políticas turísticas propias en su ámbito territorial, sin perjuicio no obstante de la intervención estatal en la materia, y es que como ha venido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Estado ostenta una serie de competencias que inciden sobre el turismo, siendo posibles las intervenciones o regulaciones estatales al encontrar su justificación en algún otro título habilitante, debido fundamentalmente al carácter transversal y multidisciplinar de la materia turística (4). Este reparto competencial influye de sobremañera en la configuración de la actual política turística, en la medida en que para la consecución de los nuevos objetivos y valores se hace necesaria la potenciación de los instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación que prevé el actual ordenamiento jurídico y alcanzar en última instancia una correcta integración de la intervención pública en el sector.

El segundo hito dinamizador ha sido el uso de la planificación como instrumento de dirección y orientación coherente del desarrollo turístico. En este sentido, no hay duda del papel desempeñado por el Plan Marco de Competitividad del Turismo que, junto con el Libro Blanco del Turismo Español, supuso el pistoletazo de salida para la tercera y actual etapa de la política turística, y el Plan Integral de Calidad del Turismo Español que, una vez alcanzada la meta de la competitividad, hace suyo el concepto de calidad como eje central de la oferta turística española. Esta política estratégica basada en la planificación continúa hoy con la reciente aprobación del Plan del Turismo Español Horizonte 2020, cuyo objetivo es incrementar los beneficios económicos y sociales del turismo sobre las bases de la competitividad y la calidad, la diversificación de la oferta, la desestacionalización del producto, la sostenibilidad medioambiental, social y económica, la formación y la innovación basada en el empleo de las posibilidades que proporcionan las Nuevas Tecnologías.

---

(4) Para un análisis de la distribución de competencias en materia de turismo pueden verse, por todos: Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo del Turismo*, Marcial Pons, 2007, pp. 52-59; Alfonso SALGADO CASTRO, *La distribución de competencias en materia de turismo*, en esta REVISTA nº 9, 1996, pp. 319-335; Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La distribución de competencias en materia de turismo*, «Revista Documentación Administrativa», nº 259-260, pp. 27-38; María Jesús GALLARDO CASTILLO, *La distribución constitucional de competencias en materia de turismo y su tratamiento en las Leyes Autonómicas: su promoción y ordenación*, «Revista Documentación Administrativa», nº 259-260, pp. 71-94.



## 2. La intervención administrativa en la nueva política turística

Bajo estos nuevos parámetros se desarrolla hoy la intervención de las Administraciones Públicas en el sector turístico, intervención que resulta vital y necesaria dada la importancia del sector turístico para la economía española (5).

Desde esta primera consideración, los poderes públicos competentes intervienen en la esfera turística a través de aquellas formas incluidas en la clasificación tripartita surgida en Italia con Presutti y recibida en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo con Jordana de Pozas. Mediante una actividad de policía administrativa, garantizando así el cumplimiento por parte del ámbito privado de los objetivos propios de la actual política turística (calidad, seguridad del consumidor turístico, etc.). Segundo, una actividad de fomento, dirigiendo a la empresa privada hacia la consecución de aquellos objetivos fijados por la Administración Turística competente. Y en tercer lugar, una intervención de servicio público, a través de una actividad de prestación (fundamentalmente de alojamiento y de información), sin que en ningún caso haya una *publicatio* de estas actividades, de tal manera que esta intervención directa de prestación pública se desarrolla en concurrencia con los agentes privados.

Ahora bien, junto a estos tres tipos clásicos de intervención administrativa, hay que añadir una serie de mecanismos que responden a la especificidad del sector. Por una parte, la planificación turística, y es que la importancia económica y las implicaciones transversales del sector exige que éste se desarrolle dentro de un marco relativamente preestablecido y ordenado que garantice una actividad coherente y sostenible. Por otra, una intervención en el ámbito de la enseñanza turística, resultando esencial una correcta intervención y ordenación de este tipo de enseñanzas debido a que la formación, profesionalización y cualificación del personal que presta las actividades turísticas repercutirá finalmente en la calidad y competitividad del sector.

Para entender plenamente la actual intervención de la Administración Turística hay que tener en cuenta, además, que ésta se encuentra afectada por una serie de fenómenos que, directa e indirectamente, afectan a la for-

---

(5) Según datos de la Cuenta Satélite del Turismo de España publicada por el INE, la actividad turística en 2006 contribuyó en un 11% al PIB nacional, aportando 29.100 millones de euros a la balanza de pagos, y empleando a más de un 12% de la población activa. En el año 2006, el número de turistas no residentes que visitó nuestro país aumentó un 4,5% con respecto a 2005 y alcanzó los 58,5 millones, lo que consolida a España como segundo destino turístico del mundo, por detrás de Francia; en cuanto a ingresos por turismo, España también ocupa la segunda posición a nivel mundial, en este caso por detrás de Estados Unidos, según los datos de la Organización Mundial del Turismo.

mulación e implementación de la política turística en general, y a esta intervención administrativa en el sector, en particular.

Un primer fenómeno es el de la participación del agente privado en la elaboración de la política turística, fundamentalmente de los sectores afectados, lo que está en coherencia con el actual concepto de *gobernanza*; y es que si bien es cierto que la participación de los sectores interesados o afectados en la elaboración de las políticas públicas resulta fundamental y se convierte en piedra angular en un Estado Democrático como el nuestro, más importante es si cabe en el sector turístico, donde la información, las experiencias y las necesidades de los diferentes grupos es vital para la correcta formulación de estas políticas turísticas.

En segundo lugar, se ha producido una eclosión del derecho público, un desplazamiento del núcleo del Derecho turístico desde lo privado hacia lo público; esta *publicación* del derecho turístico tiene lugar en el momento en que los poderes públicos se conciencian de la existencia de una íntima relación entre la actividad turística y diversos intereses públicos afectados por ella, como la ordenación territorial, la conservación del patrimonio cultural, la riqueza medioambiental o el desarrollo de zonas rurales. Surgen por ello principios y objetivos públicos que exigen algún tipo de ordenación normativa e intervención administrativa en la actividad turística desarrollada por la empresa privada.

Finalmente, junto a esta publicación surge el fenómeno de la *huida del derecho administrativo*; bajo la justificación de la realidad cambiante del sector turístico y con el fin de lograr una mayor flexibilidad y agilidad en la intervención de los poderes públicos, fundamentalmente en el ámbito del fomento, la promoción y la prestación, esta huida del derecho público se ha manifestado en la creación dentro de la Administración Turística de personificaciones instrumentales que se someten al Derecho Privado, entes de muy diversa naturaleza y forma, pero entre las que destacan dos fórmulas básicas: las Entidades Públicas Empresariales y las Empresas Públicas (6).

Como puede observarse, hoy las Administraciones Públicas competentes en materia de turismo llevan a cabo una actuación administrativa externa, de fomento, limitación, control, supervisión y garantía del cumplimiento de los objetivos y principios turísticos (sin perjuicio de algún tipo de actividad de prestación como veremos posteriormente), de tal manera que esta Administración Turística ya no es parte directa de la relación jurídica que se celebra con el usuario turístico.

---

(6) En este sentido pueden verse: David BLANQUER CRIADO, *Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; José TUDELA ARANDA, *La Administración Turística*, en esta REVISTA nº 15, 1999, pp. 93-137.

## **II. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR**

### **1. Un nuevo contexto para la política turística: globalización, localismo y nuevas tecnologías**

En la actualidad existe una relación tripartita que informa y explica perfectamente el contexto en el que se desarrolla la política turística: globalización, localismo y Nuevas Tecnologías.

Como es bien sabido, la globalización se configura como un proceso fundamentalmente económico que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en un único mercado capitalista mundial (7). El concepto de globalización pretende describir la realidad inmediata como una sociedad planetaria, más allá de fronteras, barreras arancelarias, diferencias étnicas, credos religiosos, ideologías políticas y condiciones socio-económicas o culturales, surgiendo como consecuencia de la internacionalización cada vez más acentuada de los procesos económicos, los conflictos sociales y los fenómenos político-culturales.

Uno de los ámbitos de la realidad en los que mejor se refleja la globalización es en el turismo. La apertura de las fronteras por parte de los países, la globalización de los mercados, y los avances tecnológicos que han permitido el acceso a un transporte y a unas comunicaciones más eficaces y económicas, han provocado el desarrollo de la actividad turística en las últimas décadas.

Este proceso globalizador, con apoyo en las Nuevas Tecnologías como instrumento fundamental, ha conllevado la configuración de un mercado (de turistas) más amplio. El turismo, más que el intercambio comercial, con el uso de las Nuevas Tecnologías ha terminado con el aislamiento de las naciones y los pueblos. Y es que en la actual Sociedad de la Información se está creando un ciberespacio en el que la tecnología es una herramienta al servicio de la información que supera las barreras naturales; y esto supone que los recursos turísticos, de cualquier punto del planeta, estén al alcance de cualquier usuario. Con ello, las Nuevas Tecnologías posibilitan un importante acceso de las familias y personas a la oferta turística, lo que permite contar con un mercado potencial mucho más amplio.

Pero por otra parte, la internacionalización y globalización que suponen Internet y las Nuevas Tecnologías conlleva el surgimiento en el mercado turístico

---

(7) El Fondo Monetario Internacional ha definido la globalización como «el proceso de acelerada integración mundial de las economías a través de la producción, el comercio, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales».

de multitud de destinos que entran en competencia con los destinos clásicos y tradicionales. Así, la expansión del turismo internacional viene dada por la aparición de nuevos mercados y de nuevos destinos turísticos emergentes que supondrían, en principio, una paulatina redistribución de los flujos turísticos a nivel mundial. De esta manera, el principal objetivo de la política turística va a ser aumentar y mejorar la capacidad productiva turística de un determinado territorio o destino, lo que finalmente se denomina *competitividad turística*; y como consecuencia de ella, para dar respuesta a las exigencias que impone esta competitividad, se habla de la necesidad de ofertar calidad turística.

Es precisamente por estas exigencias de competitividad y calidad turística por lo que se crean nuevas formas de especialización. Se produce una fragmentación y especialización regional a escala internacional que conduce a convertir cada lugar y cada destino turístico en diferente, lo que supone que la propia globalización acaba por producir fragmentación turística en lugar de homogeneización, estandarización y uniformización, porque a medida que los destinos se globalizan se hacen cada vez más singulares por la necesidad de sobrevivir en la competitividad.

Y es que junto a este proceso globalizador, en el mundo actual se da un fenómeno contrario como es el del resurgimiento de lo «local» o lo «regional», produciéndose así una tensión entre globalización e identidad; es decir, la globalización coexiste con una revalorización de lo diferente, de la diversidad, de lo local. La «diversificación homogeneizada» global implica la necesidad de resaltar lo identitario y lo diferente, o dicho de otra manera, se revalorizan los espacios y culturas locales frente a la globalización que pretende homogeneizarlas.

Este principio es aplicable totalmente al sector turístico por su naturaleza y por sus características; y es que los recursos turísticos se hallan en un entorno territorial delimitado, en un lugar y en una ubicación determinada, con características culturales, medioambientales, físicas e históricas concretas que lo diferencian y exaltan su valor turístico. De esta manera, frente a la globalización de ofertas estandarizadas, la Sociedad de la Información y la Comunicación abre nuevas posibilidades de diversificación turística creativa, teniendo en cuenta que la diferenciación de la actividad turística desde el punto de vista de la oferta se impone como una necesidad ineludible, siendo indispensable que el producto global ofertado sea considerado como un conjunto integrado por múltiples subproductos. Apoyándose en las Nuevas Tecnologías de la Información, se pueden abrir ventanas imaginativas a la valorización del patrimonio cultural y las manifestaciones singulares de cada destino.

Por tanto, en este contexto informado por la globalización de los mercados turísticos y por la localización de los recursos turísticos, las Nuevas Tec-

nologías y fundamentalmente Internet, se definen como puente de conexión, información y relación entre ambas esferas, que permite, por un lado, alcanzar el mito de la globalización de mercado (de turistas y destinos), y por otro lado, resaltar el valor de lo local y lo identitario.

Por eso, se afirma que las Nuevas Tecnologías han revolucionado completamente el sector turístico, transformando las relaciones entre empresa y turistas y, por lo tanto, la forma de desarrollar la actividad turística, la manera de enfocar las actividades de promoción, marketing y distribución. Así pues, es necesario que el sector turístico invierta en innovación, en Nuevas Tecnologías, lo que en última instancia le permitirá afrontar los retos que presenta este nuevo contexto; innovación que no debe reducirse sólo a introducir Internet como canal de distribución y comercialización de la oferta, sino que debe englobar todos aquellos elementos que puedan configurar la empresa: gestión, recursos humanos, finanzas, marketing, etc.

De cualquier modo hay que resaltar que esta advertencia no sólo tiene que ir dirigida al empresario turístico, sino también a los poderes públicos competentes en la materia. Las Administraciones intervinientes deben asumir un papel de liderazgo en el uso e introducción de las Nuevas Tecnologías, ya no sólo potenciando su implantación en el ámbito privado, sino convirtiendo estos nuevos instrumentos en piedras angulares de su actividad turística en su sentido amplio, es decir, tanto en las posibles actividades turísticas prestacionales que puedan desarrollar (en muchos casos han de actuar como un agente más en este mercado competitivo e internacionalizado), como en aquellas otras actividades de incidencia en el sector que el ordenamiento jurídico les habilita a desarrollar. La Administración Turística cuenta ya con un nuevo y fundamental instrumento que le garantiza la posibilidad de adecuar su actuación a las exigencias y demandas del nuevo turista. La necesidad de que esta Administración sea verdadero reflejo de los cambios que están teniendo lugar en el sector turístico, exige que no sea ajena a la nueva realidad y no quede anclada en lo viejos modelos y en los sistemas estáticos y rígidos que imperaban. Las Nuevas Tecnologías han de inspirar la propia esencia de la Administración Turística, y es que si la Administración competente (en nuestro caso, el Estado, las Comunidades Autónomas, los Municipios y en algunos casos las Comarcas) tiene entre una de sus finalidades la promoción de su destino turístico, ha de tener en cuenta que en la actualidad se está moviendo en ese contexto globalizado y de localismo identitario, y las Nuevas Tecnologías proporcionan instrumentos potentes y eficaces para actuar dentro de ese nuevo panorama.

## **II. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTO PARA EL SECTOR TURÍSTICO: POSIBILIDADES, PELIGROS Y RETOS**

Las Nuevas Tecnologías se configuran como instrumento que puede facilitar el cumplimiento eficaz de los objetivos que la nueva política turística impone a la Administración Pública. Y son muchas las posibilidades que ofrecen a los poderes públicos estos instrumentos en la medida en que tienen una repercusión directa, no sólo en cuanto mejoran la información, el conocimiento, la relación y la participación, sino también en cuanto afectan al empleo, en el que introducen nuevos modelos.

Sin intentar agotar de forma exhaustiva toda la relación de posibilidades que las Nuevas Tecnologías ofrecen a nuestras Administraciones Turísticas, lo que sin duda nos llevaría a una reflexión que merecería una extensión mayor a la aquí prevista, sí que merece la pena resaltar aquellas que requieren una especial atención.

Las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación mejoran el principio turístico vertebral, la calidad, en sus dos vertientes principales: por un lado, el ahorro de costes y optimización de los procesos a los que viene obligada la Administración Pública en el sector turístico; y por otro, la prestación del servicio turístico en mejores condiciones. Si la calidad del servicio y la atención a las demandas del turista son los referentes actuales, los nuevos instrumentos tecnológicos permiten responder con rapidez a estas exigencias. La calidad no es un concepto estático, sino que se configura como un elemento dinámico que exige a la Administración Turística adaptarse continuamente a la evolución de las exigencias del turista, encontrando en las Nuevas Tecnologías el instrumento adecuado para responder rápidamente y de forma eficaz a esa evolución. Pero además, dado el carácter transversal del concepto de calidad turística, permiten que esa respuesta a las nuevas exigencias se produzca en cada uno de los elementos que intervienen en el «hecho turístico».

Pero además, estas Nuevas Tecnologías, y en particular Internet, juegan un papel fundamental en la promoción, difusión y comercialización de los destinos turísticos. La posibilidad de llegar a un número globalizado de turistas potenciales con la consiguiente posibilidad de ganar mercado, o la oportunidad de resaltar la diversificación del destino turístico y publicitar modelos alternativos, son sólo algunos ejemplos de las posibilidades que ofrecen. Y es que el empleo de estas, fundamentalmente a través de portales promocionales, supone una importante proyección internacional de las distintas regiones o comunidades, abriendo la puerta al mundo y posibilitando el conocimiento de los recursos y productos turísticos de un territorio a cualquier internauta.

Del mismo modo, su uso por parte de las Administraciones Turísticas permite una mayor adecuación de los productos turísticos ofertados a una demanda cada vez más exigente, diversificada y personalizada. La tendencia actual del turista es el diseño de los recorridos, productos y actividades a realizar de una forma independiente, surgiendo así la llamada *personalización del producto turístico*. Los usuarios turísticos buscan turismo personalizado, conocer las culturas autóctonas, obtener información de todos aquellos recursos existentes en un territorio, y por este motivo planifican su recorrido turístico a través de la Red. Internet permite que sea el propio turista el que vaya creando valor a la empresa, fijando sus preferencias turísticas y participando en el proceso de producción del servicio. De tal manera que si el turista es cada vez más autosuficiente a la hora de configurar y diseñar sus vacaciones, y si consideramos que Internet es en la actualidad el principal recurso de búsqueda de información, es evidente que la Red se ha convertido en un medio fundamental para la planificación turística en general, y la promoción turística en particular, en la medida en que permite a la Administración resaltar la diversidad y ofertar posibilidades para hacer real esa personalización del producto, aportándole opciones para que sea el propio turista el que vaya estableciendo su propio producto turístico. Y es que como se ha señalado, apoyándose en las Nuevas Tecnologías de la Información, la Administración Turística puede abrir ventanas imaginativas a la valorización del patrimonio cultural y las manifestaciones singulares de cada destino.

El desarrollo económico de áreas en declive o con un escaso desarrollo es otra de las claves en el análisis de las ventajas que proporcionan estos instrumentos a la Administración Turística. Por un lado, la promoción turística de estos territorios y de sus recursos a través de Internet y otras herramientas telemáticas, evita una centralización de los flujos turísticos ya que se da a conocer, de forma sencilla, rápida y con bajo coste, la existencia de otros recursos y productos turísticos, diversificando de esta manera la llegada de turistas a otros territorios tradicionalmente no turísticos. Por otro lado, el fomento de la utilización de soportes informáticos por parte de las empresas turísticas y de su acceso a la Red, fundamentalmente microempresas que ofertan actividades en estas zonas, conlleva en última instancia intensificar la competitividad de dichas zonas o territorios.

Finalmente, las Nuevas Tecnologías ayudan y colaboran con la Administración Turística para alcanzar el objetivo de un turismo sostenible. En este sentido y para alcanzar un equilibrio entre los intereses sociales, económicos y ecológicos, basta con pensar en las posibilidades que ofrecen las Tecnologías de la Información y la Comunicación de cara a satisfacer, de forma sostenida, las necesidades de reciclaje, eliminación y minimización de residuos, sistemas de gestión y ahorro de energía, sistema de aprovechamiento de riego, etc.

En paralelo a estas posibilidades, las Nuevas Tecnologías plantean también una serie de retos que la Administración deberá gestionar para sacar el máximo provecho a estos nuevos instrumentos.

La globalización de los mercados turísticos y el surgimiento de modelos alternativos implican la intensificación de la competencia entre los diferentes mercados-destinos. La competencia global significa la creación de una variada oferta de servicios y productos que transforma el modelo turístico tradicional en uno más competitivo, planteándose por tanto el reto de situarse en una posición de liderazgo dentro de ese mercado. Por eso, resulta fundamental adoptar una imagen turística fuerte y competitiva en general, y en el nuevo ciberespacio turístico en particular. Si el peligro de la promoción turística desarrollada por medios tradicionales era la pérdida de mercado por desconocimiento del destino, salvado este obstáculo a través de las Nuevas Tecnologías, la gran competitividad existente en Internet plantea el reto de alcanzar una posición potente en el nuevo mercado cibernético, ya que en caso contrario la oferta turística corre el peligro de desaparecer entre la multitud de información existente en Internet.

Un segundo reto que se plantea es el de evitar la difuminación de la oferta turística, tanto de la marca turística estatal como de las diferentes marcas autonómicas, como consecuencia de la amplitud del ciberespacio. Las diferentes leyes autonómicas de ordenación general del sector definen la imagen de la Comunidad Autónoma correspondiente como destino integral (8). El uso de las Nuevas Tecnologías para la promoción y comercialización de los recursos turísticos puede provocar una difuminación del destino integral, en la medida en que el uso de Internet por diferentes Administraciones Turísticas puede romper esta imagen unitaria. Por ello, sin perjuicio de la posibilidad de que las diferentes Administraciones competentes (Estado, Comunidades Autónomas, municipios y en algunos casos comarcas), en el marco de sus atribuciones, puedan promocionar sus recursos turísticos por medios telemáticos, se

---

(8) Muchas Comunidades Autónomas contemplan en el articulado de sus leyes generales de ordenación del sector turístico una serie de principios y/o finalidades, entre los que se encuentra el promover y resaltar una marca turística unitaria o una imagen de destino integral. Es el caso, a modo de cita, de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, cuyo artículo 3 establece que las Administraciones Turísticas y los sujetos turísticos deben «promover la realidad de Cataluña como marca turística y garantizar su tratamiento unitario, como oferta o destino turístico global, en la difusión de los recursos turísticos del país»; o el artículo 4 de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón, que establece como principio de la política turística de la Comunidad Autónoma el «promover Aragón como destino turístico integral»; la Comunidad de Canarias, en su Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, reserva un precepto específico para resaltar esta idea, de tal manera que el artículo 3 señala que «a los efectos de esta Ley, Canarias, en su conjunto, se considera como una unidad de destino turístico, con tratamiento unitario en su promoción fuera del archipiélago».



aprecia el reto de potenciar los instrumentos de colaboración, cooperación y coordinación que proporciona el ordenamiento jurídico para garantizar el desarrollo de una política de imagen turística unitaria y en cierto modo, centralizada, en todas aquellas actividades de promoción que se realicen a través de las tecnologías de la información (9).

Por su parte, el incremento del número de turistas que ha traído consigo la globalización en general e Internet en particular, plantea a su vez un importante reto a efectos de garantizar un turismo sostenible. Y es que la ampliación del mercado y la llegada masiva de turistas pueden favorecer el crecimiento incontrolado de las regiones afectadas, con excesos urbanísticos o con la destrucción de recursos naturales y del patrimonio cultural. Se trata en definitiva de gestionar de forma sostenible la llegada de turistas que, ya sea de corta o larga duración, provienen del nuevo mercado surgido con las Nuevas Tecnologías.

### **III. LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA POLÍTICA TURÍSTICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO**

#### **1. ¿Cómo inciden las nuevas tecnologías en la intervención administrativa en el sector turístico?**

Mucho se ha escrito en torno a las posibilidades que las Nuevas Tecnologías proporcionan a las relaciones jurídico-privadas, en cuanto a la comercialización de sus productos, las técnicas del e-marketing, la captación de usuarios, etc. Sin embargo, lo que se pretende en estas líneas es establecer una visión de conjunto de cómo pueden influir y cómo están influyendo esas Nuevas Tecnologías en la actuación de la Administración Turística, y es que escasa eficacia tendría su empleo por el empresario turístico si no existe un correlación por parte de los poderes públicos, sirviendo incluso en algunos casos de experiencia y modelo para el agente privado. Pero además, esta preocupación por introducir el uso de las Nuevas Tecnologías en el seno de las Administraciones Turísticas resulta del todo lógica ya que, como es sabido, es exigencia constitucional el que la Administración Pública actúe con eficacia (artículo 103 de la Constitución Española).

---

(9) En este sentido y como fundamento normativo para gestionar este reto, conviene citar el artículo 61.2 de la Ley del Turismo de Aragón, según el cual «*la Administración de la Comunidad Autónoma, las comarcas y los municipios, así como las empresas turísticas cuando utilicen medios o fondos públicos, realizarán sus actividades de promoción incorporando la imagen de Aragón como destino turístico integral*».

En la actualidad, esta introducción e incidencia tecnológica se observa en el doble plano normativo y organizativo.

Respecto al primero, el propio legislador estatal, general y sectorial, desde hace algún tiempo se ha interesado en fijar un marco jurídico que prevea y permita la introducción de las Nuevas Tecnologías en la actuación de los poderes públicos en general y de la Administración turística en particular, consciente de la importancia de tales instrumentos para alcanzar los objetivos de eficacia y eficiencia administrativa, y aquellos otros que de forma singular prevé la normativa turística (calidad, competitividad o sostenibilidad).

Si ya la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, destaca la importancia de la utilización por las Administraciones Públicas de las nuevas técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas (10), la reciente Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, ha supuesto un impulso en el camino de configurar una moderna Administración Electrónica, y es que, tal y como reconoce su Exposición de Motivos, *«las Administraciones deben comprometerse con su época y ofrecer a sus ciudadanos las ventajas y posibilidades que la sociedad de la información tiene, asumiendo su responsabilidad de contribuir a hacer realidad la sociedad de la información»*.

Por su parte, algunas Comunidades Autónomas, conscientes de la importancia de las Nuevas Tecnologías para el impulso del sector turístico en un contexto internacionalizado y competitivo, prevén en sus respectivas legislaciones turísticas la necesidad de emplear estas tecnologías, recogiendo su uso, incluso como principio rector del sector.

Es el caso de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, cuyo artículo 3 proclama que *«en su actividad, las administraciones turísticas y los sujetos turísticos tienen que perseguir las siguientes finalidades: J) Potenciar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la difusión interior y exterior de los recursos turísticos, en las relaciones entre la Administración y los sujetos turísticos y en la prestación de servicios y de información a los usuarios, y velar por la calidad y por la innovación de diseños y de contenidos en la aplicación de estas tecnologías»*.

---

(10) Ya es su Exposición de Motivos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, resalta expresamente que la misma *«se abre decididamente a la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción jurídica y a la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas»*. En la misma línea de informatización de la Administración Pública, su artículo 45 establece que *«las Administraciones impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias»*.

Por su parte, la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón, contiene una referencia al *hecho tecnológico* en su artículo 64. Este precepto regula únicamente lo relativo a la información turística, pero su referencia al uso de las Nuevas Tecnologías se puede interpretar con un carácter extensivo a otras relaciones turísticas y no únicamente a la de información; este precepto prevé que *«especialmente, se potenciará el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, tanto en la difusión interior y exterior de los recursos turísticos como en las relaciones entre la Administración, los empresarios turísticos y los turistas»*. Por tanto, este precepto se convierte en pilar fundamental dentro del ordenamiento jurídico sectorial de la Comunidad Autónoma, en la medida en que contiene un mandato normativo dirigido a los poderes públicos competentes en la materia, y se configura como el instrumento normativo que habilita para el posterior desarrollo de una política turística basada en el uso y potenciación de las Nuevas Tecnologías. Pero además, tal y como se deduce de la normativa citada, en la actualidad el uso, potenciación y desarrollo de estas tecnologías se configura como un reto tanto para el sector público como para el sector privado, debiendo potenciar los instrumentos de colaboración y cooperación para el cumplimiento de este objetivo (11).

En este punto, resulta importante hacer una mención al binomio ley/reglamento en la nueva relación turismo/Nuevas Tecnologías. Dada la complejidad y rapidez de los cambios tecnológicos en el sector turístico, la regulación legal ha de limitarse a establecer y fijar principios básicos enmarcando únicamente las grandes líneas directivas, dejando al nivel reglamentario el desarrollo casuístico. Pero también esta reglamentación ha de tener un carácter relativamente general y global y no detenerse en una regulación agotadora en la relación turismo y Nuevas Tecnologías. Y es que la gran velocidad a la que se desarrollan las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación impide normar constantemente una realidad tan cambiante; no puede

---

(11) Mención especial merece el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, en la que la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, contiene una regulación específica sobre las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información en el Capítulo VII del Título V. Tal y como se proclama en la propia norma, el Gobierno de Canarias expresa su convencimiento de que, para dar un servicio turístico de Calidad, se deben aplicar las Tecnologías de la Información y la Comunicación en todos los ámbitos (empresas, Administración y ciudadanos), ya que influirán directamente en la calidad de los servicios turísticos. Del mismo modo resalta la importancia de las Nuevas Tecnologías para ayudar y apoyar en el ideal de turismo sostenible, al señalar que *«la sostenibilidad de los establecimientos turísticos constituye un elemento esencial de la sostenibilidad del producto y del destino turísticos, por lo que se fomentará y regulará la utilización en el sector de las nuevas tecnologías orientadas al reciclaje, al ahorro energético y de agua y a la correcta gestión de los residuos»*.

dirigirse a regular todos y cada uno de los extremos derivados del uso de las técnicas existentes actualmente, ya que la aparición de nuevos instrumentos electrónicos que podrán aplicarse dentro de un breve periodo de tiempo en el sector turístico en general y en la Administración Turística en particular, impone la necesidad de generalizar esta regulación y de establecer un marco jurídico general que controle los riesgos que para el sector puede conllevar la utilización de estas tecnologías. Lo contrario supondría una reglamentación turística en situación de permanente persecución de la realidad cambiante, cuando su verdadero objetivo ha de ser establecer un marco en el que se pueda producir un adecuado desenvolvimiento de las actividades turística en el actual contexto tecnológico.

También se ha de resaltar que respecto a la influencia de la Sociedad de la Información en el sector turístico, no sólo se han de exigir normas de policía o intervención limitadora sobre los derechos y deberes del agente turístico, sino también normas que garanticen un adecuado equilibrio entre todos los intereses en juego. La normativa sectorial, sin perjuicio de que mediante un marco jurídico adecuado tenga que garantizar y proteger determinados intereses, bienes o derechos que son susceptibles de ser dañados o cuando menos de ser puestos en peligro, mediante injerencias en la actuación del empresario turístico, también debe contemplar fórmulas que permitan impulsar y desarrollar las posibilidades que actualmente nos ofrecen las Nuevas Tecnologías en su aplicación en el sector turístico. El legislador no puede considerar como objetivo primordial y excluyente la vertiente protectora y la limitación continua, lo que conduciría a una permanente parálisis de las posibilidades tecnológicas y un freno a las ventajas que ofrecen estas tecnologías al sector. El equilibrio entre protección y desarrollo es la clave para una reglamentación turística acorde con el contexto tecnológico actual, armonizando así ambos valores.

En definitiva, si la reglamentación va dirigida a la ordenación del sector en función de sus necesidades y exigencias, esta reglamentación ha de adaptarse al nuevo contexto turístico, es decir, debe contemplar y reglamentar las nuevas tendencias turísticas dirigidas al empleo de las Nuevas Tecnologías, ya que en caso contrario, ni se contaría con un marco que prevea y ordene una realidad cada vez más común en el desarrollo de las actividades turísticas, ni protegería aquellos bienes o derechos que están sometidos a un riesgo potencial por la incipiente utilización de medios informáticos.

Por este motivo las Administraciones Públicas competentes en la materia, conscientes de las nuevas exigencias y los nuevos modos de «*hacer turismo*», están empezando a recoger en sus respectivas reglamentaciones previsiones relacionadas con los servicios turísticos prestados a través de la Sociedad de la Información y la imposición de determinados límites o condiciones.

Ocurre así en un sector que en los últimos años está ligado al empleo de las Nuevas Tecnologías, como es el de las agencias de viajes y centrales de reserva. Comunidades Autónomas que han aprobado recientemente normas reguladoras de estos servicios, como Andalucía (Decreto 301/2002), Castilla-La Mancha (Decreto 56/2007), Asturias (Decreto 60/2007), La Rioja (Decreto 111/2003) o la Región de Murcia (Decreto 100/2007), contienen normas reguladoras de los servicios turísticos que prestan las agencias de viaje y centrales de reserva mediante los instrumentos propios de la Sociedad de la Información. Así, se imponen una serie de obligaciones y limitaciones a estos servicios al establecer que la organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos prestados a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, mediante servicios de la sociedad de la información, sólo puede realizarse por agencias de viajes o centrales de reservas debidamente autorizados (artículo 3 del Decreto murciano, o artículo 178.2 del Decreto de la Rioja), debidamente habilitadas en función del contenido de la actividad que desarrollen (artículo 5 del Decreto andaluz); o la obligación de comunicar a la Consejería competente en materia de turismo, al menos un nombre de dominio o dirección de Internet que en su caso utilicen para su identificación en Internet (artículo 32 del Decreto de Asturias); junto a este, se contemplan otras obligaciones específicas para la prestación de esos servicios, como el deber de información, la imposición de exigencias en relación a la publicidad electrónica o la obligación de disponer de una oficina permanente de atención al público.

Ahora bien, la creciente importancia de las Nuevas Tecnologías en el sector turístico desde la perspectiva jurídico-pública no sólo ha afectado a las respectivas legislaciones autonómicas y sus mandatos para con la intervención administrativa, sino que también ha informado y ha afectado a la organización de las Administraciones Turísticas mediante la creación de entes y organismos encargados de gestionar esta relación turismo/Nuevas Tecnologías.

Entrando así en el plano organizativo, a nivel estatal destaca la labor desarrollada por la Sociedad Estatal de Gestión de la Información Turística (SEGITUR), como instrumento de enlace entre las Nuevas Tecnologías y la promoción turística. La misión de SEGITUR complementa la del Instituto de Turismo de España (promocionar y comercializar el turismo español en el extranjero) utilizando las Nuevas Tecnologías, a cuyo fin asume la gestión del portal de turismo de España, impulsando a la vez las Nuevas Tecnologías en el sector turístico mediante el desarrollo de proyectos tecnológicos de apoyo al sector. En este sentido resalta su labor en cuanto a la puesta en marcha del Plan de Innovación Tecnológica en Alojamientos, la participación en el programa PISTA-Turismo del Ministerio de Ciencia y Tecnología o el trabajo desempeñado en

el desarrollo de una Extranet como punto de encuentro entre el sector turístico (empresas turísticas y asociaciones empresariales) y las agencias de viajes y tour operadores.

Recientemente se ha aprobado la modificación del objeto social y de la denominación de la Sociedad Estatal de Gestión de la Información Turística que pasa a denominarse Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, modificación motivada por la necesidad de incluir en dicha denominación las referencias necesarias al nuevo objeto social, que incorpora nuevas actividades relacionadas con el desarrollo tecnológico del turismo. Y es que a partir de dicha modificación, esta sociedad realiza actuaciones de investigación y desarrollo y estudios o análisis para la mejora de la competitividad en la industria turística; identificación de las necesidades tecnológicas y de servicios del sector turístico español y actuaciones de impulso, desarrollo y aplicación de innovaciones tecnológicas; realización de actividades de formación en tecnologías y transferencias de tecnología en el sector turístico español, así como mejorar la seguridad y calidad de los servicios en el sector turístico. Con estas nuevas competencias SEGITUR se afianza como la principal referencia del sector turístico español en el impulso de la innovación y del uso de las Nuevas Tecnologías, con el fin de mejorar la eficacia, la calidad y la competitividad del sector turístico español mediante la investigación, el desarrollo, la innovación, y contribuyendo en la medida de lo posible para que España siga ocupando una posición líder como destino turístico en el mundo.

A nivel autonómico, las necesidades actuales derivadas de las Nuevas Tecnologías también están influyendo en la organización administrativa turística; ahora bien, sin que se haya creado en ninguna Comunidad un órgano específico y singular de estudio y análisis como sí ha sucedido a nivel estatal, optando así por atribuir estas funciones a órganos generales de la Administración Turística. De este modo, son varias las soluciones que se han adoptado para la configuración de una organización administrativa encargado de gestionar la relación Turismo/Nuevas Tecnologías.

Así, en Andalucía es la empresa pública Turismo Andaluz la que, a través del Departamento de Sistemas de Información y Nuevas Tecnologías (Subdirección de Innovación), tiene atribuidas funciones relacionadas con la gestión Turismo/Nuevas Tecnologías. En concreto, tiene como objetivo el diseño, ejecución y seguimiento de las actividades de las acciones tecnológicas para el sector turístico de Andalucía ofreciendo soluciones concretas a las necesidades del sector y de los destinos.

Mientras, en la Comunidad Valenciana, el Decreto 209/2004, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Agencia Valenciana del

Turismo, atribuye a esta entidad de derecho público una serie de cometidos para el impulso y ejecución de la política en materia de turismo de la Generalitat, para lo cual, en su artículo 2, hace especial hincapié en la necesidad de que preste «*particular atención al desarrollo e innovación tecnológica*».

Baleares, dentro de la empresa pública Instituto de Estrategia Turística, cuenta con el área Centro de Investigación y Tecnologías Turísticas (CITTIB). Esta área está dedicada a la investigación y a las tecnologías turísticas, contando entre sus objetivos la investigación, desarrollo, estudio e implantación de tecnologías turísticas y el fomento de dichas actividades; así como la proposición, el diseño o la ejecución de cualquier actividad de estudio, innovación e investigación que contribuya a un mejor conocimiento o desarrollo del sector turístico para la más adecuada promoción de éste.

En definitiva, como se irá viendo, el uso de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación en el ámbito administrativo turístico permite a los poderes públicos intervenir en los diferentes campos del sector (piénsese en las ayudas a la empresa turística para la introducción de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, la comercialización del producto turístico a través de Internet, el desarrollo de la e-Administración Turística, etc.), garantizando y potenciando así un modelo de calidad, competitividad, innovador, moderno, sostenible, atractivo y diversificado, así como ágil y eficaz. Si la política turística actual pretende el ideal de calidad, las Nuevas Tecnologías se configuran como uno de los instrumentos básicos en la consecución de dicho objetivo. Como se viene señalando, la transversalidad en la relación calidad/Nuevas Tecnologías exige que los instrumentos que proporciona la Sociedad de la Información y el Conocimiento se integren en todos y cada uno de los elementos que constituyen el sector; y más en concreto, por lo que aquí interesa, han de informar las diversas actuaciones de los poderes públicos competentes en materia turística, adoptando así un papel de referente para el sector. La Sociedad de la Información, en definitiva, ha de ser incorporada de forma integral y global en la Administración Turística, en sus procesos y sus estructuras. Ahora bien, teniendo en cuenta que los nuevos instrumentos tecnológicos no influyen de la misma manera en las diferentes formas de intervención administrativa en el sector turístico, sino que por el contrario existen actuaciones que por su naturaleza y objeto han sido susceptibles de inmiscuirse en el entramado de las Nuevas Tecnologías, convirtiéndose estas en referente fundamental (como ha ocurrido por ejemplo en la actividad de promoción turística), mientras que otras intervenciones no han alcanzado esa dinámica de tecnologización.

## 2. La actividad de prestación

En la actualidad predomina la empresa privada en la prestación del servicio turístico, por lo que se puede afirmar que en el sector turístico rige en todo su sentido el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado que proclama el artículo 38 de nuestro texto fundamental. Y es que, debido a la propia naturaleza de la actividad turística y sus características económicas, es decir, dada la rentabilidad económica que ofrece el sector turístico, no se exige que la Administración haga suya una actividad de prestación de servicio público, sino que deje actuar al agente privado controlando y vigilando el desarrollo correcto de la actividad privada.

No obstante, se pueden encontrar diversas manifestaciones de prestación por parte de la Administración Turística, respetuosa siempre con esa iniciativa privada y concurrente con ella en algunos casos. Fundamentalmente, es el caso de la actividad prestacional de alojamiento turístico, y la prestación de servicios de las Oficinas de Turismo (12).

### A) Paradores de Turismo y Hospederías

Pese a que, como se ha adelantado, la actividad pública prestacional en materia turística es en principio residual, existe una manifestación de este tipo de intervención que reviste suma importancia por su significado y su objetivo: la prestación de servicios de alojamiento a través de la sociedad estatal Paradores de Turismo de España, S.A, y el modelo de Hospederías implantado en diversas Comunidades Autónomas.

La finalidad de esta sociedad estatal es la gestión y explotación de la red de establecimientos e instalaciones turísticas del Estado, así como la realización de otras actividades íntimamente relacionadas con el objetivo expuesto que el Instituto de Turismo de España (Turespaña) pueda encomendarle, integrando así una actividad de prestación del servicio turístico de carácter impropio, una actividad empresarial en base a la posibilidad abierta desde el artículo 128.2 de la Constitución Española.

Sus objetivos fundamentales son, entre otros, desarrollar un producto turístico de calidad, que sea imagen de la hostelería española a nivel internacio-

---

(12) Sin olvidar otras modalidades de prestación que, por los límites del presente artículo, no son objeto de desarrollado y análisis aquí, pero que igualmente inciden en el «*hecho turístico*», como los servicios de titularidad pública que directa o indirectamente inciden en el sector turístico (piénsese por ejemplo en el transporte público, aguas o residuos), así como los llamados «servicios públicos turísticos municipales», así declarados por alguna normativa autonómica como la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, en sus artículos 65 a 67.



nal e instrumento de política turística del Estado; facilitar la recuperación del patrimonio histórico con fines turísticos, permitiendo su conservación y mantenimiento para conocimiento y disfrute de las generaciones presentes y futuras; fomentar el turismo en áreas con escaso movimiento turístico o económico, alentando el desarrollo sostenible y respetuosos con el medio ambiente de aquellas zonas donde se ubican los establecimientos, y sirviendo como polo de atracción para la iniciativa privada; desarrollar estas actividades del modo más rentable posible, de forma que se satisfagan las expectativas en intereses del Estado como único accionista, de la sociedad española en su conjunto, y de los propios empleados.

De dichas funciones se deduce que se trata de una actividad desarrollada por la Administración Turística, de carácter público por sus principales finalidades, pero de carácter eminentemente privado, por su gestión y organización. Ahora bien, aunque esta actividad empresarial desarrollada por el poder público se mueve en condiciones de igualdad con respecto a la empresa turística, hay que resaltar que existe una diferencia fundamental que le aleja a su vez del sector privado, y es que estos establecimientos públicos deben perseguir los nuevos objetivos de la política turística (sostenibilidad ambiental, protección del patrimonio histórico-artístico, desarrollo regional, etc.), aspectos éstos que en principio no informan la actuación fundamental de la empresa turística privada.

La gestión empresarial de estos establecimientos públicos de alojamiento se conduce con criterios de modernidad y eficacia, aplicando métodos y herramientas novedosos en el sector turístico, lo que ha de conllevar, por un lado, a la obtención de unos mejores resultados económicos y, por otro, garantizar el cumplimiento de todos los fines societarios. Persigue el aunar la posibilidad de disfrutar de edificios con siglos de historia o de un entorno natural privilegiado, junto a las comodidades de nuestro tiempo, desarrollando de esta manera un turismo sostenible, a cuyo fin se vienen renovando continuamente procesos e incorporando Nuevas Tecnologías.

En la misma línea cabe destacar la política que, con objetivos y finalidades similares, se está siguiendo en algunas Comunidades Autónomas, especialmente, en Aragón, Castilla-La Mancha y Extremadura.

En la Comunidad Autónoma de Aragón (13), a partir de la entrada en vigor de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo, el término «Hospedería de Aragón» queda reservado a los establecimientos hoteleros integra-

---

(13) La Disposición Adicional 3ª de la Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón, regula la Red de Hospederías de Aragón, regulación legal desarrolla por Decreto 294/2005, de 13 de diciembre.

dos en la Red de Hospederías de Aragón, pudiendo ser gestionados directamente por la Administración de la Comunidad Autónoma o, indirectamente, a través de organismo público, sociedad mercantil o arrendatario. Igualmente pueden incorporarse a la Red aquellos establecimientos hoteleros gestionados por entidades locales o empresas privadas, previo convenio suscrito con el Departamento competente en materia turismo.

La puesta en funcionamiento de estos establecimientos de alojamiento turístico ha tenido como misión principal el afianzamiento de un turismo de calidad en un entorno patrimonial privilegiado, de tal manera que con la creación de estas Hospederías se ha venido definiendo una efectiva política de desarrollo rural y equilibrio territorial, puesto que se han implantado preferentemente en lugares donde la infraestructura turística existente es insuficiente o escasa, a la vez que se les asigna a dichos edificios un uso que asegura su futuro cuidado y que trae consigo la creación de una serie de puestos de trabajo.

Esta política de establecimientos públicos de alojamiento se encuentra en el momento actual íntimamente conectada con el uso de las Tecnologías, por la eficacia de éstas para el cumplimiento de sus objetivos, fundamentalmente en dos vertientes.

En primer lugar, a través del empleo de las Nuevas Tecnologías en la gestión empresarial de los establecimientos. En éste área, deben ayudar a la toma de decisiones empresariales y estratégicas, de la misma manera que pueden ser aplicadas en las empresas turísticas privadas. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación mejoran la calidad de la prestación en sus dos vertientes, por un lado, el ahorro de costes y optimización de los procesos, y por otro, la prestación del servicio en mejores condiciones e incorporación de nuevos servicios. En este sentido cabe pensar en las múltiples posibilidades que ofrecen para el cumplimiento de estos objetivos: servicios de información a los turistas a través de dispositivos móviles; sistemas de información, venta y reserva por Internet; información sobre las tendencias del mercado; sistemas de relación con el cliente; edificios inteligentes; sistemas de e-marketing, etc.

En segundo lugar, el empleo de las Nuevas Tecnologías se convierte en instrumento útil y vital para la consecución de los objetivos de carácter público. Existe una estrecha relación entre el producto turístico y el medio en que se desenvuelve, y en el caso de los Paradores y las Hospederías, el medio es el principal, o uno de los principales componentes de este producto. Así, la gestión de Paradores y Hospederías gira en torno a la idea del turismo sostenible, promoviendo un desarrollo equilibrado y sostenible vislumbrando una gran sensibilidad por la protección del medioambiente o del patrimonio his-

tórico-cultural en el que se desarrollan estos servicios turísticos. En este ámbito, también pueden apreciarse fácilmente los usos y posibilidades que, para el objetivo del turismo sostenible, pueden ofrecer las Nuevas Tecnologías: sistema de gestión y ahorro de energía; suministro eléctrico; iluminación; transporte; eliminación malos olores; conservación y restauración de edificios, monumentos, etc.

Y si importante es la sostenibilidad del entorno en el que se emplazan estos establecimientos de carácter público, igual de fundamental en la política de Paradores y Hospederías es el propio equipamiento turístico, un patrimonio histórico-cultural que, conservando sus características más peculiares, se envuelve en elementos de modernidad y funcionalidad. En este sentido, las Nuevas Tecnologías permiten alcanzar eficazmente el cumplimiento de este doble objetivo de funcionalidad y conservación del patrimonio, mediante actuaciones como la configuración de diseños ergonómicos y funcionales, el establecimiento de equipamientos específicos para convenciones y congresos, aplicaciones de domótica y automatización, el diseño y adaptación de las instalaciones para discapacitados o la adecuación de materiales al clima de la zona (14).

## **B) Oficinas de Turismo**

En el contexto actual del ideal de calidad y competitividad turística, resulta fundamental la información que recibe el visitante una vez se encuentra en el destino turístico seleccionado. No basta con alcanzar la calidad y competitividad en la información prestada para la promoción y fomento del sector turístico en un territorio dado, sino que deviene básico en última instancia la disposición de un servicio público de información turística bien organizado que permita representar esa calidad en la información que el turista requiere y exige durante el disfrute del viaje.

Las Oficinas de Información turística no ofrecen el servicio turístico propiamente dicho, sino que lo complementan al prestar un servicio turístico informativo. Se configuran así como un elemento fundamental para el adecuado uso y aprovechamiento de nuestros recursos turísticos y constituyen un servicio fundamental que puede incrementar el grado de satisfacción del visitante.

---

(14) En este sentido cabe destacar la importante labor que está llamada a desempeñar la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, que entre sus nuevos cometidos resalta expresamente la elaboración de técnicas (fundamentalmente de Nuevas Tecnologías) para mejorar la gestión medioambiental y el uso más adecuado de las diferentes fuentes de energía, así como la creación y difusión de diseños arquitectónicos que incluyan nuevos materiales de construcción.

Esta función de información, ayuda y orientación de las Oficinas de Turismo (15) puede ejercitarse de diversas maneras, bien de forma individual o de forma general, y en todas ellas las Nuevas Tecnologías se configuran como instrumento básico para el eficaz cumplimiento de este objetivo; y es que el turismo es una industria intensiva en información y las Nuevas Tecnologías/Internet el instrumento de información global. La información individual puede ser presencial o a distancia; en la primera, las Oficinas y su personal puede contestar las consultas directamente al visitante, o bien mediante el empleo de los equipos tecnológicos existentes en la propia oficina; en la segunda, la información solicitada puede ser contestada, entre otros medios, mediante vía telemática (fax) o por correo electrónico (mail). Por tanto, la información a través de Internet y la utilización de páginas-web de carácter informativo, pueden servir como herramienta complementaria de la actividad de las Oficinas.

Aquellas Comunidades Autónomas que han prestado una mayor atención al régimen jurídico de estas instituciones, han puesto un especial acento en la importancia de introducir las Nuevas Tecnologías en su funcionamiento y organización.

El Decreto 279/2003, de 18 de noviembre, por el que se crea la Red Vasca de Oficinas de Turismo-ITOURBASK, regula las características con las que deben contar las Oficinas de Turismo, de tal manera que en su artículo 5 se establece: «a) *Dispondrán de un equipamiento tecnológico e informático adaptable a las nuevas tecnologías (línea de fax, impresora...) así como al sistema de base de datos de la red, y aquellos que la misma vaya requiriendo en cada momento*». Haciendo hincapié en la importancia del uso de las Nuevas Tecnologías para la eficaz prestación de la información turística, entre las obligaciones de los titulares de las Oficinas y Puntos de Información integrados en ITOURBASK se contempla el «*colaborar con el diseño de las bases de datos turísticos de la Red Vasca de Oficinas de Turismo disponiendo de un sistema informático adecuado al funcionamiento y utilización de aquella, alimentar y mantener las mismas, aportando toda la información de su ámbito geográfico necesaria para la creación y mantenimiento así como a colaborar en los diferentes servicios que se establezcan desde la misma*».

La «Red Tourist Info» es la red de oficinas de información turística de la Comunidad Valenciana, impulsada y gestionada por la Generalitat Valenciana a través de la Agencia Valenciana de Turismo, con la colaboración de las Administraciones Locales. Se afirma que la clave del éxito de este modelo ha sido el alineamiento perfecto entre el aspecto organizativo y el aspecto

---

(15) Sobre las Oficinas de Turismo, Miguel CORCHERO, *Las Oficinas de Turismo: concepto, organización y funciones*, en esta REVISTA, nº 30, pp. 371-396.

tecnológico, consiguiéndose que la implantación de nuevas herramientas informáticas y telemáticas hayan sido acogidas por sus receptores de forma natural: todas las oficinas que integran la Red cuentan con al menos un ordenador personal de última generación, impresora, MODEM o línea de comunicaciones RDSI, equipados con software de ofimática básica... para apoyar al informador turístico en la gestión diaria de la oficina (base de datos turísticos, demandas de información...); todas las oficinas de la Red se integran en una red informática con herramientas básicas de trabajo en grupo como son el correo electrónico intranet, etc. Se configura así la creación de un equipo de trabajo que rompe las distancias físicas, asumiendo un concepto de red implementado con ayuda de las tecnologías.

En la Comunidad Autónoma de La Rioja, el Decreto 111/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de Turismo de La Rioja, regula en su Título IV la actividad de información turística, a la vez que crea la Red de Oficinas de Turismo de La Rioja. Así, en sus artículos 218 a 221 se contemplan los requisitos y condiciones que deben reunir las oficinas de turismo para integrarse en la Red, entre las cuales, en el apartado d), se establece «*disponer de las instalaciones y equipamiento adecuado y suficiente para prestar las funciones de información turística. Dispondrán como mínimo de: teléfono y fax; equipos informáticos con conexión a Internet; dirección de correo electrónico...*».

En definitiva, la experiencia seguida en varias Comunidades Autónomas muestra la importante relación entre Nuevas Tecnologías y Oficinas de Información Turística para el desarrollo y cumplimiento de la actividad prestacional de información, planteándose así la necesidad de implantar un proceso de modernización de las Oficinas de Turismo a través de medidas como dotar de la tecnología adecuada a las Oficinas para afrontar las nuevas necesidades del mercado, conectar todas las oficinas de turismo al sistema global de información de la Comunidad Autónoma (16), o dar un mayor protagonismo y peso a las distintas Oficinas a través de una Oficina Virtual en el sistema de promoción y difusión turístico de la Comunidad.

### **3. La actividad de planificación**

La actividad planificadora en el sector turístico tiene por objeto la definición de los criterios y objetivos que se pretenden conseguir a corto o largo

---

(16) Es destacable en este sentido la plataforma RITMO en la Comunidad de Murcia, software de gestión de la red de oficinas de Turismo de la región murciana que, conectadas mediante una Intranet, pueden incorporar datos turísticos al portal, asociando contenidos con las bases de datos de la Consejería de Turismo.

plazo en un determinado territorio o en un subsector concreto, fijando para su cumplimiento un modelo y una estrategia de desarrollo turístico. Hoy, esta planificación turística es imprescindible y cada vez más frecuente, fundamentalmente por la importancia económica que asume este sector; por las agresiones potenciales que puede provocar la actividad en múltiples facetas (ordenación territorial o medio ambiente) y la necesidad de planificar para alcanzar un turismo sostenible; por el carácter transversal y multidisciplinar del turismo, afectando e integrando en la planificación turística sectores tan importantes como transportes, consumo, ordenación del territorio, etc., lo que obliga a predeterminar y programar la actuación en el sector.

En este sentido, las Nuevas Tecnologías y su aplicación en el área turística facilitan y ayudan a las Administraciones Públicas en la toma de sus decisiones estratégicas, y es que estas tecnologías transmiten información, de forma eficaz y rápida, sobre las tendencias del mercado, las nuevas iniciativas turísticas o sobre las necesidades turísticas del territorio, información que resulta del todo vital para una óptima planificación.

En concreto y a efectos de una sistematización clarificadora, las Nuevas Tecnologías pueden intervenir eficazmente en la actividad de planificación turística en sus tres fases fundamentales: estudio-análisis, elaboración y ejecución. Así, intervienen en el estudio de mercado que sirve de base y fundamento para la elaboración del plan y fijación de objetivos concretos; en la elaboración del propio instrumento planificador; y en el contenido-ejecución del plan finalmente aprobado.

Respecto al primer plano, la obtención de datos estadísticos e indicadores es fundamental para tener una información real y clara de la situación del destino turístico, pudiendo ser utilizada en última instancia como herramienta en la gestión del mismo, ya que estos indicadores proporcionan criterios que permiten adoptar medidas correctoras o mejoras para la gestión sostenible del destino final.

Internet es un importante recurso de bajo coste, pero a la vez con capacidad de llevar a cabo acciones de marketing inteligente transmitiendo información de los clientes e información sobre la productividad de los recursos turísticos existentes en el territorio, las condiciones de mercado y el entorno en general. Así, Internet es extremadamente útil cuando permite construir una base de datos con la información de los usuarios turísticos; y es que con el uso de un software lógico es fácil recopilar datos sistematizados sobre los visitantes de la Web institucional. Esta información se puede utilizar para identificar perspectivas, comprender las necesidades del cliente y modificar los servicios para adaptarse a requisitos particulares y por tanto, aportando mayores niveles de servicio a los clientes.

A través del comportamiento del consumidor turístico en la visita a la Web se proporciona un feedback vital para el oferente institucional de los productos. Todo este comportamiento se puede almacenar en un servidor, de tal manera que aplicando técnicas de data mining, la Administración Turística puede encontrar datos de interés para la planificación de sus estrategias y de sus políticas. Por ejemplo, el sumario de visitas al portal turístico promocional puede mostrar el número total de impactos, la distribución de éstos entre las diferentes ventanas de la página, el tiempo consumido en cada una, etc.

Esta información, de bajo coste y transmisión directa, proporciona sin duda una información útil y fundamental de cara a la planificación estratégica de la política turística a desarrollar en un territorio concreto, en la medida en que se obtienen datos sobre las necesidades y preferencias de los turistas e identifica los segmentos de demanda potencial.

Estas posibilidades abiertas por las Nuevas Tecnologías para conocer y elaborar estudios de mercado son de carácter indirecto; pero pueden ser completadas por otras más directas. Piénsese por ejemplo en las oportunidades que las Nuevas Tecnologías ofrece a la Administración Pública en cuanto al empleo de consultas on-line, sugerencias on-line del turista, etc.

La segunda vertiente de influencia de las Nuevas Tecnologías en la actividad planificadora de la Administración Turística se encuentra en la propia elaboración, maximizando las posibilidades de alcanzar una auténtica elaboración participada y consensuada, de tal forma que el principio de participación de los sectores afectados alcance su aplicación y sentido más real (17). Tesis que se encuentra íntimamente conectada con la actual crítica a la democracia representativa y a sus mecanismos de participación, y la posibilidad emergente de la denominada Tecnocracia. El llamado Estado cooperativo o, si se prefiere, la Administración cooperativa, llama al consenso y a la participación; la Administración, el ciudadano en general y el empresario turístico en particular, son socios que se necesitan en la búsqueda en común de intereses generales.

Así, partiendo de la idea de planificación democrática y participativa que contiene el artículo 131 de la Constitución Española, en su cumplimiento, la normativa sectorial recoge y hace suyo este mandato constitucional, obligando a tener en cuenta la voz y opinión de los sectores afectados a la hora

---

(17) En relación con la problemática de este extremo de la participación, puede verse, entre otros, José TUDELA ARANDA, «La Ley del Turismo de Aragón en el marco de la renovación de la legislación turística», *El derecho del turismo en el Estado Autonómico*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006 p. 59.

de elaborar la planificación turística (18). La política turística debe ser el resultado de un proceso participativo, en el cual todas las partes interesadas, tanto las Administraciones Turísticas como las empresas y organizaciones sociales, sean consultadas definiendo puntos de encuentro y colaboración para poner en común necesidades, exigencias, experiencias y oportunidades; teniendo en cuenta además que, por sus características e implicaciones sociales, culturales y ambientales, el fenómeno turístico no puede ser reducido a su dimensión económica o estructural, sino que debe ir más allá en su naturaleza transversal. El sector turístico se ha de basar hoy en una idea clave: *compartir para competir*.

Las Nuevas Tecnologías dan una visión y una aplicación nueva a este principio participativo fundamental y básico en cualquier Estado Democrático de Derecho, en la medida en que potencia y facilita la colaboración, participación y opinión de los sectores afectados. Se trata de mejorar los procesos de elaboración de la planificación turística mediante el llamado gobierno electrónico y democracia electrónica (e-democracia).

Durante la elaboración del instrumento de planificación, las Tecnologías de la Información permiten una participación directa e inmediata de los sectores afectados, de todos ellos, en sus diversas fases. Piénsese así en la posibilidad de fomentar el debate turístico mediante la realización de videoconferencias, o la posibilidad de que los modelos se cuelguen en un servidor al que pueden acceder los distintos grupos de interés y el público en general, con especial atención a la población local como agente directo y final en el éxito del desarrollo turístico de un destino. Mediante esta invitación en las diferentes fases de elaboración, los grupos interesados pueden enviar comentarios, sugerencias o alegaciones a través de correo electrónico, boletín sectorial, etc.

Ahora bien, y entrando en el tercer plano de la planificación, cualquier esfuerzo sería inútil si, haciendo uso de las oportunidades que abren las Nue-

---

(18) A modo de ejemplo, el artículo 15.3 de la Ley 12/1999 del Turismo de Andalucía establece que «la Consejería competente en materia turística elaborará el Plan General del Turismo, el cual será informado por el Consejo Andaluz del Turismo», Consejo que está compuesto por organizaciones empresariales y sindicales del sector. En la misma línea, el artículo 15.2 de la Ley 13/2002, de Turismo de Cataluña, señala que en la elaboración del Plan de Turismo de Cataluña deberá pedirse informe a los sectores afectados, añadiendo en el apartado 3 que «el departamento competente en materia de turismo ha de promover la máxima participación de los sujetos turísticos, públicos y privados, en la formulación y la redacción del Plan de turismo de Cataluña. También debe facilitar, durante el proceso de elaboración del Plan y después de su aprobación, el acceso de las personas interesadas a los estudios, los datos y las normas que contenga. El ejercicio de este derecho debe potenciarse mediante la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación, quedando sujeto a la legislación aplicable al acceso del público a la información administrativa y al uso de medios técnicos por parte de la Administración».



vas Tecnologías en la elaboración de la planificación turística, no se recogieran mandatos y medidas dentro de ella para la mejora de los sistemas de innovación y desarrollo tecnológico, aspecto vital para la competitividad y calidad del sector. En este sentido, la planificación estatal ha sido sensible a las expectativas generadas respecto al elemento tecnológico.

Ya el *Plan Futures* recogía el Plan de tecnificación e innovación, cuyo objeto era la tecnificación o introducción de innovaciones tecnológicas que incidieran en la mejora de la competitividad empresarial, mediante el diseño, aplicación y adaptación de sistemas informáticos y tecnológicos novedosos; asistencia técnica; proyectos de innovación tecnológica que supongan una mejora en la competitividad de la empresa, especialmente en los aspectos medioambientales, etc. En desarrollo de dicho Plan, se preveían dos líneas de actuación: los «Proyectos de Infraestructura Tecnológica», cuyo objeto era la realización de proyectos que favorecieran la creación de bases de datos y redes capaces de almacenar y transmitir información turística; y el «Desarrollo de Productos de alto contenido tecnológico», para la creación de productos tecnológicos novedosos cuya aplicación en la industria turística representara una mejora en la organización interna, en la imagen externa o en la calidad de los productos y servicios prestados.

El posterior *Plan Integral de Calidad del Turismo Español (2000-2006)* parte de la idea de que el mantenimiento del dinamismo del sector turístico español sólo puede asegurarse si se diseñan y aplican instrumentos destinados a incorporar al sector procesos de innovación tecnológica que abarquen áreas que van desde la información al urbanismo, desde el ahorro energético al cuidado medioambiental y a la creación de nuevos productos. Los programas en los que se concreta el Plan Integral de Calidad del Turismo Español abordan, cada uno de ellos, cuestiones de carácter general que el conjunto del sector turístico español, como un todo, tiene planteados. Uno de estos programas se centra en el Desarrollo e Innovación Tecnológica, partiendo de la idea de que la innovación tecnológica, en sus diversas aplicaciones (información, medio ambiente, nuevos productos y nuevos modelos de desarrollo) constituye la punta de lanza de la evolución del turismo español.

Recientemente ha sido aprobado el *Plan del Turismo Español Horizonte 2020*, que constituye la base del *Plan de Turismo Español 2008-2012*. Los objetivos del Plan son los siguientes: incrementar los beneficios sociales y económicos del turismo; lograr un reequilibrio socio-territorial que impulse la actividad turística en nuevos destinos; mejorar la calidad del entorno natural y cultural, reduciendo los impactos que sobre el medioambiente y las condiciones culturales y sociales de los destinos pueda inducir la actividad turística; en definitiva, aumentar la conciencia de la sociedad y de las Administracio-

nes Públicas sobre la importancia de respaldar el turismo como garantía de prosperidad y mejora de las condiciones de vida. Todo ello en un contexto marcado por la fuerte competencia internacional, las nuevas formas de comercialización, los nuevos tipos de cliente y la utilización de las Nuevas Tecnologías en la información, reserva y compra de viajes.

El Plan se ha estructurado en cinco grandes ejes estratégicos: Nueva Economía Turística, Valor al Cliente, Sostenibilidad del Modelo, Entorno Competitivo y Nuevo Liderazgo Compartido.

El primero de esos ejes, la Nueva Economía Turística, tiene como objetivo desarrollar la innovación, el conocimiento y el talento como activos estratégicos clave para la satisfacción del cliente y el éxito del negocio turístico. En este eje las acciones más relevantes que se van a llevar a cabo son la inclusión del turismo en el Plan Nacional de I+D+i 2008-2011, el desarrollo de una red de conocimiento e innovación turística, y la realización de un foro anual sobre el empleo que analice las oportunidades profesionales y formativas del sector.

El cuarto eje es el Entorno Competitivo, que busca crear un entorno óptimo mediante la promoción de un marco normativo que optimice la competitividad del sistema turístico español, favorezca la iniciativa empresarial y la innovación, y simplifique los procesos administrativos que tienen que ver con la toma de decisiones empresariales. Indirectamente también se está introduciendo el «hecho tecnológico» en este cuarto eje, debido a la necesidad de que ese marco normativo ha de prever, regular y ordenar tanto la influencia de las Nuevas Tecnologías en el sector como su introducción en los procesos administrativos con el objeto de alcanzar el ideal de simplificación.

También a nivel autonómico se ha implantado una planificación turística, tanto general como sectorial, en la que entre sus objetivos se encuentra el fomento del uso de las Nuevas Tecnologías, no sólo en el ámbito privado (para las empresas turísticas), sino también su inserción en el ámbito público (e-Administración).

Ejemplo de esta nueva orientación de la política turística autonómica en su planificación, es el *Plan Estratégico del Turismo en Cataluña (2005-2010)* que propone una serie de objetivos genéricos, entre los que se encuentra incrementar la competitividad del sector turístico mediante la mejora de la calidad y la innovación tecnológica. Estos objetivos genéricos del Plan de Cataluña plantean 10 programas de actuación que afectan al conjunto de agentes del sector turístico, concretándose en acciones específicas, entre las que se encuentra en el Programa 8 la investigación aplicada, tecnología e innovación.

En la misma línea, el *Plan de Ordenación y Promoción del Turismo en Castilla-La Mancha* contempla 18 programas de actuación para el período

2006-2009 en las áreas de ordenación/administración, gestión e Instituto de Promoción Turística, siendo en el primer ámbito, el de la ordenación/administración, donde se integra el Programa de Nuevas Tecnologías y Programa Inspección.

El *Plan General de Turismo de Andalucía*, entre sus estrategias, fija la necesidad de potenciar el acceso directo a las Nuevas Tecnologías por parte del Sistema Turístico Andaluz. A través de esta estrategia, el Plan realiza un reconocimiento expreso de la importancia de las Nuevas Tecnologías para el mantenimiento de la competitividad turística andaluza, a la vez que establece principios orientativos y medidas a desarrollar.

El *Plan Director de Turismo de la Región de Murcia 2006-2012*, tras un diagnóstico de la situación actual y la propuesta de un modelo turístico, establece 9 líneas estratégicas de actuación, que se desarrollan en 22 Planes o Programas, que contienen, a su vez, diversas Medidas y Acciones. Entre sus objetivos estratégicos, se resalta la difusión y utilización de las Nuevas Tecnologías, como Internet y reservas on-line, así la necesidad de convertir el portal de «murciaturística» en referente básico. Por eso, el Plan Director resalta que entre los criterios que deben guiar la elaboración de estrategias y la ejecución de las actuaciones se ha encontrar el uso y aplicación de las Nuevas Tecnologías.

#### **4. Actividad de limitación. Especial referencia a la protección del turista como consumidor y usuario**

Como se ha comentado anteriormente, en el sector turístico actúa el principio de libertad de empresa. No obstante, como ocurre en otros tantos sectores económicos, esta libertad no es máxima y absoluta, ya que la Administración ha de intervenir para controlar el adecuado funcionamiento y desarrollo de las actividades turísticas, y que éstas sean respetuosas con otros bienes, derechos y libertades (19).

Así, a través de la actividad administrativa de limitación o de control (también denominada actividad de policía administrativa), la Administración Turística competente interviene negativamente sobre la libertad de los particulares como consecuencia del ejercicio de su potestad administrativa. La Administración Turística restringe esa libertad de actividad, sin sustituir con su actua-

---

(19) En este sentido, el artículo 25 de la Ley 6/2003, de Turismo de Aragón, señala que «el ejercicio de la actividad turística empresarial es libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»; o el artículo 28 de la Ley 12/1999, del Turismo de Andalucía establece que «la prestación de servicios turísticos es libre, sin más limitaciones que las derivadas del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que sean de aplicación».

ción la actividad de los particulares, con el objeto último de comprobar y verificar la adecuación de la actividad privada a las exigencias del interés público.

En el ámbito turístico son muy diversos y variados los mecanismos de ordenación o control previstos por las Leyes autonómicas, sin perjuicio de otros controles o intervenciones administrativas no típicamente turísticos (20). Así, cabe citar principalmente la ordenación administrativa de las exigencias de calidad que deben cumplir tanto quienes prestan el servicio, como las instalaciones y servicios turísticos, así como normas de conservación de esa calidad; la previa obtención de autorización administrativa; la inscripción en Registros administrativos; comunicaciones; inspección turística; régimen sancionador sectorial; técnicas en sectores específicos, etc. (21).

Dentro de los controles específicamente turísticos se encuentra la autorización de funcionamiento, como exigencia administrativa previa a la que se ha de someter cualquier empresa turística para el inicio de su actividad. Posteriormente a la obtención de dicha autorización administrativa, el solicitante queda inscrito en el Registro autonómico de Empresas y Actividades Turísticas, inscripción obligatoria o potestativa según los casos. Son también frecuentes en el ordenamiento turístico las normas legales que imponen a las empresas turísticas el deber de comunicar a la Administración competente el acaecimiento de determinados hechos o circunstancias, como la fijación de precios (22)

---

(20) En este sentido, hay que tener en cuenta los efectos que para el régimen autorizador previsto en el ordenamiento turístico va a tener la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios). Esta, con el fin de crear un auténtico mercado interior de servicios en 2010, tiene por objeto alcanzar un mercado único de servicios a través de la eliminación de las barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados Miembros. Se propone así facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la Unión Europea, estableciendo un marco jurídico general que favorece el ejercicio de esa libertad, a cuyo fin prevé la obligación de evaluar la compatibilidad de los regímenes de autorización, basándose en los principios de no discriminación y proporcionalidad, y de respetar determinados principios relativos a las condiciones y procedimientos de autorización aplicables a las actividades de servicios.

(21) Hay que tener en cuenta que en alguna normativa autonómica la actividad de policía y la exigencia del cumplimiento de deberes y obligaciones por parte del empresario turístico son empleados en última instancia como una forma indirecta de fomentar las ventajas de las Nuevas Tecnologías. Es el caso por ejemplo de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de la Comunidad Valenciana, cuyo artículo 17.2 establece que las empresas que cumplan con los deberes señalados en la Ley gozarán de una serie de derechos, entre los que se encuentra su inclusión en los catálogos, directorios, guías y sistemas informáticos de la Administración Turística de la Generalitat.

(22) Según el artículo 43 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia, *«los precios serán fijados y modificados libremente por el titular de la empresa turística, quien tendrá la obligación de notificar, en los casos en que sea reglamentariamente exigible, a la Dirección General de Turismo los que, con carácter de máximos, podrán percibir de los usua-*

o cualquier otra circunstancia o hecho exigido por la normativa correspondiente (23).

Pues bien, en este sentido cabe afirmar que resulta fundamental facilitar y agilizar la actividad turística empresarial turística mediante una simplificación administrativa de la actividad de ordenación a través de la potenciación de la llamada e-administración (trámites on-line para licencias, autorizaciones, comunicaciones, etc.). Ello debería suponer, por un lado, la introducción del concepto de Administración Turística en Red en la legislación turística, y por otro, el acercamiento de la Administración al ciudadano; todo ello respaldado por la exigencia actual de una Administración que queda obligada a transformarse en una Administración electrónica, cumpliendo un mandato constitucional básico y fundamental para el funcionamiento de la Administración, como es el anteriormente reseñado principio de eficacia que proclama el artículo 103 de la Constitución Española. Y si este hecho resulta fundamental en la actualidad para cualquier sector económico en sus relaciones con las Administraciones Públicas, más importante es si cabe en el sector turístico. Basta con pensar que, como se ha señalado, el 95% de las empresas turísticas son PYMES y microempresas con unos recursos, infraestructuras y personal que dificulta su desenvolvimiento dentro del entramado procedimental administrativo. Facilitar la puesta en marcha de la actividad turística agilizando el cumplimiento de los diferentes trámites administrativos exigidos por la normativa, se convierte así en eje nuclear de la política turística actual; lo contrario podría suponer la ralentización de proyectos turísticos atractivos o que ni siquiera lleguen a ver la luz.

En este sentido, las Comunidades Autónomas han empezado a poner en marcha ambiciosos proyectos para hacer realidad la aplicación de la e-Administración en el sector turístico (24), de tal manera que se puede hablar de

---

*rios de los servicios turísticos»; Por su parte, el artículo 46 de la Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria, establece que «como garantía del correcto funcionamiento y transparencia del mercado y como garantía de defensa de los consumidores, las empresas turísticas que tengan establecimientos de alojamiento y restauración están obligadas a notificar a la Dirección General de Turismo de Cantabria los precios máximos que pueden facturar por sus servicios turísticos».*

(23) El artículo 7.2.f) de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja, establece la obligación de «facilitar a la Administración la información y documentación preceptiva para el correcto ejercicio de las atribuciones que legal y reglamentariamente le correspondan».

(24) La Administración Pública en general, y la turística en particular, empieza a contar con un marco jurídico general de la utilización administrativa de estas Nuevas Tecnologías que sirve para generar la confianza necesaria entre los actores intervinientes, lo que sin duda debería ser el espaldarazo definitivo a la configuración de una e-Administración turística. Además de las que se pueden considerar normas de apertura del ordenamiento jurídico regulador de la Administración electrónica (fundamentalmente, el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régi-

tres niveles de informatización de la actividad de limitación u ordenación: en primer lugar, el nivel de *información electrónica estática*, que permite al agente turístico consultar de forma sencilla y rápida los diversos aspectos de los procedimientos administrativos que condicionan el desarrollo de la actividad turística (procedimientos administrativos, plazos o sentido del silencio administrativo); un segundo nivel corresponde a la *prestación de formularios*, que permite al empresario turístico cumplir y rellenar los formularios que exige el ordenamiento jurídico para realizar una actividad o adquirir un derecho; y un tercer nivel, el del *procedimiento electrónico*, permitiendo alcanzar al máximo las exigencias de rapidez y eficacia administrativa, pudiendo el usuario tramitar el procedimiento administrativo correspondiente a través de Internet (25).

En definitiva, la implantación de las Nuevas Tecnologías en la tramitación de los procedimientos exigidos por esta actividad administrativa de ordenación, fomentaría en última instancia el uso de estos instrumentos en la empresa turística (26), que vería las ventajas de dicha relación temática, desarrollando así la Administración turística una labor indirecta de fomento.

---

men Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), recientemente se ha aprobado la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, norma que «reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica» (artículo 1). Son varios los preceptos de la Ley de acceso electrónico que afectan directamente al funcionamiento de la Administración turística, permitiendo agilizar el cumplimiento de los diferentes trámites. Basta con pensar las previsiones recogidas en la citada norma en cuanto a los Registros electrónicos (artículos 24 y siguientes), la posibilidad de comunicaciones y notificaciones electrónicas (artículos 27 y 28), o la gestión y utilización de medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos (artículos 33 y siguientes).

(25) Cabe destacar en este ámbito la labor desarrollada por la Comunidad Valenciana, que a través del proyecto TURISMO EN RED responde a los principios y objetivos estratégicos de configurar una Administración Turística más cercana al agente turístico a través del uso y aprovechamiento de las Nuevas Tecnologías, modernizando y promocionando el uso de las tecnologías. Mediante este proyecto se está creando un sistema a través del cual los usuarios pueden realizar operaciones telemáticas para el acceso, consulta y presentación de modelos normalizados, y para realizar, y esto es lo más importante, una gestión integral del procedimiento administrativo con las nuevas tecnologías en diversos sectores (hoteles, camping, alojamiento rural, etc.), lo que permite al usuario/interesado obtener información puntual del estado de tramitación del expediente administrativo, facilitando y agilizando la tramitación del mismo.

(26) La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), prevé una simplificación administrativa señalando que los Estados miembros verificarán y, según proceda, simplificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. A tal fin, prevé la obligación de posibilitar la realización de estos procedimientos por vía electrónica.

Junto a estos controles administrativos sectoriales, concurren otras intervenciones administrativas mixtas o no típicamente turísticas. Entre estas resulta fundamental analizar aquellas que tienen que ver con el usuario turístico, ya que el turismo es un sector económico donde interviene constantemente el consumidor por tratarse de un sector de prestación de actividades y servicios.

Por eso, y por la importancia actual del sector turístico, hoy la protección del turista se desarrolla mediante técnicas tanto de derecho público (condiciones impuestas a las empresas turísticas para el cumplimiento de determinados requisitos de calidad o seguridad) como de derecho privado (en la relación turista y empresa turística) (27), lo que en definitiva está provocando la progresiva aparición de una legislación que empieza a prever mecanismos de protección del turista como consumidor/usuario turístico; y todo ello tras la convicción de que la protección de los derechos del usuario turístico y la seguridad en el desarrollo de su actividad es una de las piedras angulares para alcanzar una verdadera calidad turística; y porque, para ello, no es suficiente con proteger al turista únicamente en el disfrute material de la actividad o servicio contratado, sino que esta protección debe extenderse a toda la relación turística, desde el primer acceso al recurso o actividad (con información fiable, segura y fiel a la prestación material), hasta la protección de datos una vez finalizada la prestación.

La legislación autonómica actual recoge en sus diferentes textos un auténtico Estatuto del turista como consumidor y usuario, con una amplia relación de derechos de este usuario turístico concebido como consumidor (28). Y en este sentido se observa que este Estatuto y estos derechos del turista como consumidor se han visto redefinidos en la actualidad como consecuencia de los nuevos hábitos del «turismo electrónico», las nuevas formas de reservas y contrataciones turísticas mediante los mecanismos que proporcionan las Nuevas Tecnologías.

Actualmente Internet es la vía elegida por muchos usuarios para adquirir servicios y productos turísticos gracias a las infinitas posibilidades que les

---

(27) Sobre la aplicación del Derecho Privado y del Derecho Público en la protección de los turistas como consumidores, se puede ver, entre otros, Martín M<sup>º</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, «Los conceptos subjetivos del Derecho del Turismo (II). El Estatuto del turista como consumidor y usuario», en TUDELA ARANDA (Dir.), *El derecho del Turismo en el Estado Autonómico*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 273-275; David BLANQUER CRIADO, *Derecho del Turismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 28.

(28) En cualquier caso, este Estatuto del turista no sólo está integrado por derechos del usuario turístico como consumidor, sino también por sus deberes y obligaciones, y es que el Estatuto del turista tiene un claro carácter bifronte en la medida en que a la proclamación y reconocimiento de sus derechos (para el disfrute de un servicio turístico de calidad en su sentido más amplio), le acompaña la imposición de una serie de obligaciones con el objeto de preservar aquellos bienes y derechos que son susceptibles de alteración por el turista en el ejercicio de sus derechos.

ofrece la Red a la hora de programar un viaje (29). Internet está creciendo a la hora de contratar una actividad turística, conocer información sobre el destino elegido, reservar habitaciones o entradas a parques temáticos, etc., de tal manera que el comercio electrónico contribuye al crecimiento turístico facilitando y abaratando los desplazamientos turísticos.

De esta manera, el comercio electrónico influye en el sector turístico en lo que se refiere a la forma de distribuir y contratar productos y servicios, por lo que resulta vital la previsión de un marco jurídico regulador y protector para el usuario turístico en el nuevo contexto del comercio turístico electrónico. Fundamentalmente porque uno de los motivos por los que muchos usuarios no hacen uso de las Nuevas Tecnologías está en el miedo al funcionamiento de la Red; la mayor barrera que nos encontramos hoy para que se produzca la extensión definitiva del comercio electrónico en el sector turístico es el miedo del consumidor a transmitir sus datos on-line. Se hace vital por tanto establecer un marco normativo que transmita seguridad y garantía, orientada a concienciar y a crear una cultura en la que la adquisición de productos y servicios turísticos se realice con las mismas garantías de seguridad que las adquisiciones tradicionales, generando en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio. Confirmada la importancia creciente de las Nuevas Tecnologías en la compraventa de servicios turísticos, resulta esencial para un sector que quiere girar en torno a los principios de competitividad y calidad, que los poderes públicos garanticen la seguridad en las transacciones electrónicas.

El turista es evidentemente un consumidor y a él le es aplicable, tanto los derechos que como usuario turístico le reconoce la normativa sectorial, como los derechos y garantías que contempla la normativa general de protección del consumidor y usuario (30). Teniendo en cuenta que esta legislación general sobre consumidores y usuarios se puede configurar como el mínimo común denominador, deben añadirse las medidas de protección previstas específicamente para los turistas, e incluso aquellas otras que se reclaman como conse-

---

(29) El uso de Internet está cada vez más presente entre los turistas que acuden a España. En 2006, el 43,2% de estos turistas accedió a este medio para consultar (41%), reservar (32,6%) o pagar (29,3%) alguno o varios servicios relacionados con su viaje, especialmente al transporte (Movimientos turísticos en fronteras. Frontur. Año 2006. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo). Por su parte, unos 17 millones de españoles han accedido a las agencias de viaje en Internet en 2006 y más de dos millones han comprado en la Red algún producto relacionado con sus vacaciones.

(30) Según el artículo 21 de la Ley 6/2003, del Turismo de Aragón, los turistas gozan de una serie de derechos propios y específicos ahí regulados, así como los «demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico en relación con la protección de los consumidores y usuarios».



cuencia de las singulares situaciones en las que se puede manifestar el turista, entre ellas su condición de *usuario turístico electrónico* (31).

En cuanto al marco general de protección del consumidor, el reciente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tiene muy presente en su regulación el *hecho electrónico*, al contener en el Título III del Libro II la regulación de contratos celebrados a distancia (por videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un ordenador o de la pantalla de televisión; el correo electrónico; el fax o la televisión). Esta regulación contempla aspectos tan fundamentales del comercio electrónico (usuales y cotidianos en el sector turístico) como la necesidad de consentimiento expreso, la prohibición de envíos no solicitados, la falta de ejecución, la sustitución del bien o servicio contratado, o el pago mediante tarjeta. Mecanismos de protección del consumidor en el nuevo contexto electrónico que también son recogidos en las correspondientes normativas autonómicas aprobadas en la materia (32).

Por su parte, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, tiene como objeto la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de

---

(31) En relación con este extremo, José TUDELA ARANDA habla del futuro desarrollo de un derecho sectorializado del estatus del turista como consumidor y/o usuario, observándose la emergencia de derechos singulares como viajero de avión, como usuario de inmuebles en aprovechamiento por turno, como esquiador, etc. Este proceso de especificidad de los derechos es conocido por la doctrina como *proceso de banalización de los derechos*, lo que expresa que la tendencia inflacionaria de las reivindicaciones sociales supone un proceso de desnaturalización de los derechos de la persona, de tal forma que los derechos del hombre como ente genérico se concretan y especifican en las diferentes manifestaciones de ese hombre en la sociedad. Siguiendo esta línea de observación, ya no surge únicamente una reivindicación de los derechos del hombre en su manifestación como turista, sino que incluso se configuran demandas concretas dentro de la condición de turista. En este sentido, no cabe duda de la especificidad del turista «electrónico», que por su singularidad en la adquisición de bienes y servicios turísticos y su peculiar disfrute posterior confiando en lo ofertado y pactado por medios electrónicos, exige una serie de mecanismos de protección que le separan del tronco jurídico de protección del usuario turístico. Este nuevo turista se relaciona directamente con el destino turístico, por medio de las Nuevas Tecnologías, sin intermediarios ni contacto físico, aportando datos personales, exigiendo así un «plus» de seguridad y fiabilidad además de unos servicios y actividades acordes con lo ofertado.

(32) Las Comunidades Autónomas que, en virtud de sus competencias, han aprobado su normativa en materia de protección de consumidores y usuarios, han iniciado un proceso de reconocimiento jurídico formal de medidas de protección del usuario ante el nuevo *hecho electrónico*. Así, la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa del consumidor y usuario de Aragón contempla en su texto diversos mecanismos de protección del consumidor en la Sociedad de la Información, en sus relaciones a través de medios telemáticos, informáticos o electrónicos.

los prestadores de servicios, incluidos los que actúen como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Se puede observar en esta Ley 34/2002 el doble carácter que preside la normativa reguladora del comercio electrónico: garantía y fomento. Destaca, por una parte, su afán por proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio, imponiendo a los prestadores de estos servicios una serie de obligaciones (facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en Internet, informar a los destinatarios sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir a éstos visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, etc.). Por otra parte, se favorece igualmente la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarando que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurando la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita que figura en diversas leyes.

Pero también la normativa turística ha iniciado una introducción paulatina de derechos relacionados con el denominado comercio electrónico, como consecuencia de la importancia que está adquiriendo esta forma de contratación de los servicios turísticos. Fundamentalmente, es en el nivel reglamentario donde se reconoce de forma más o menos amplia una serie de derechos del consumidor turístico, como en el caso de la reglamentación relativa a las agencias de viajes y centrales de reserva, donde se contempla, entre otros, el derecho de los clientes de disponer de un justificante de las operaciones realizadas con carácter inmediato a su celebración (33).

---

(33) A modo de ejemplo, entre las Comunidades que han regulado esta materia, el Decreto 111/2003 de 10 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 mayo, de Turismo de La Rioja, contiene en su artículo 179 una serie de garantías en la venta a distancia y en comercio electrónico. En su apartado segundo, establece que la consejería competente en materia de turismo podrá requerir de oficio a la agencia de viajes anunciante de la venta a distancia para que aporte las pruebas relativas a la exactitud de los datos materiales contenidos en la publicidad, pudiendo ser considerados los datos de hecho como inexactos, cuando no se aporten los elementos de prueba o éstos se estimen insuficientes; añadiendo en el apartado tercero que estos intermediarios indicarán de forma clara y precisa el uso y tratamiento que se dará a la base de datos que se genere como consecuencia del ejercicio de la actividad y su conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. Final-

También a nivel legal se pueden extraer reconocimientos implícitos. Si bien es cierto que mediante normas reglamentarias está teniendo lugar la protección y garantía del consumidor turístico, y que en las leyes generales de ordenación turística de las Comunidades Autónomas existe una ausencia de regulación expresa, de forma indirecta sí se desprenden diversos derechos de este usuario turístico (derechos turísticos generales) que pueden ser aplicados en sus relaciones electrónicas con los prestadores de servicios turísticos: recibir información veraz, completa y previa a la contratación sobre los bienes y servicios que se le oferten; recibir los servicios turísticos en las condiciones ofertadas o pactadas, debiendo corresponderse los servicios con la categoría del establecimiento; a obtener cuantos documentos acrediten los términos de su contratación y, en cualquier caso, las correspondientes facturas legalmente emitidas, etc.

## **5. La actividad de promoción y fomento**

### **A) La instrumentalidad de las Nuevas Tecnologías en la promoción turística**

Se entiende por promoción la actuación de las Administraciones públicas encaminada a favorecer la demanda de servicios turísticos de un territorio determinado y apoyar la comercialización de los recursos y productos turísticos propios dentro o fuera de ese territorio (34). Por tanto, la finalidad de este tipo de intervención administrativa es la de resaltar los recursos turís-

---

mente, el apartado cuarto concluye señalando que, sin perjuicio de la normativa que le sea de aplicación y especialmente de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, las comunicaciones comerciales de carácter publicitario realizadas por vía electrónica respetarán lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de junio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y deberán ser claramente identificables como tales, indicarán los datos identificativos de la empresa de mediación turística que los realiza, precisarán con exactitud la validez temporal de cada oferta y tendrán el contenido mínimo exigido por la normativa que le sea de aplicación.

(34) Las Comunidades Autónomas, en sus respectivas leyes de turismo, definen la actividad de promoción bajo el criterio de favorecer la demanda de servicios turísticos y apoyar la comercialización. Así, el artículo 41 de la Ley 1/1999, de Turismo de Madrid, la define como «*el conjunto de actividades y medios a través de los cuales la Consejería competente en materia de turismo favorece la demanda de servicios turísticos en la Comunidad de Madrid y apoya la comercialización de los productos turísticos regionales en el ámbito nacional e internacional*»; el mismo criterio se sigue en la Ley 6/2003 del Turismo de Aragón, cuyo artículo 59 la configura como «*la actuación de las Administraciones públicas, de carácter eminentemente material, encaminada a favorecer la demanda de servicios turísticos y apoyar la comercialización de los recursos y productos turísticos propios dentro o fuera de la Comunidad Autónoma*».

ticos existentes en un territorio delimitado (sea estatal, autonómico, local o comarcal) y rentabilizarlos mediante el aumento de la demanda de sus propios servicios.

Esta actividad de promoción turística es desarrollada por los diferentes niveles territoriales en base a sus respectivas competencias (35), de manera que el Estado es fundamentalmente el encargado de la promoción exterior del turismo español, mientras las Comunidades Autónomas cuentan con la habilitación competencial para desarrollar una propia política de promoción turística tal y como previene el artículo 148.1.18 de la Constitución Española, asumido por todas las Comunidades a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, al atribuir al ente autonómico la competencia para la «*promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial*».

Como se ha puesto de relieve, estas actuaciones de potenciación de los recursos y servicios turísticos, sean de cualquier nivel territorial, conllevan un importante desembolso económico. Sin embargo, el aprovechamiento de las oportunidades que trae consigo el empleo de las Nuevas Tecnologías conlleva un abaratamiento de esta política de promoción, de la difusión y comercialización de la oferta turística existente en un territorio determinado, permitiendo de esta manera destinar los recursos limitados con los que cuenta la Administración Turística a otros aspectos o elementos de la gestión turística pública que exijan una importante inversión; y es que una de las características más importantes de algunas tecnologías es su bajo coste y su eficacia y alcance universal. Por eso, la Administración Turística ha ido tomando conciencia de estas oportunidades y muchos de los mecanismos de promoción turística que prevé la actual legislación autonómica, y otros que se han ido poniendo en funcionamiento a lo largo de los últimos años, se encuentran actualmente en una fase de importante reestructuración como consecuencia de la introducción de las Nuevas Tecnologías en el desarrollo de esta actividad promocional.

Son muy diversas las oportunidades que ofrecen las Nuevas Tecnologías en cuanto a la promoción turística de las Administraciones Públicas competentes. De entre estas, se suele afirmar que Internet es la herramienta que más rápidamente se ha adaptado a las exigencias y necesidades actuales de la promoción turística; Internet proporciona de una forma eficiente, sencilla y ren-

---

(35) Sobre el reparto competencial en materia de promoción turística, puede verse, entre otros, Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo del Turismo*, Marcial Pons, 2007, pp. 70-77; Francisco Javier MELGOSA ARCOS, «La promoción y el fomento del turismo en Aragón», en TUDELA ARANDA (Dir.), *El derecho del Turismo en el Estado Autonómico*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 406-409. Así, todas las Comunidades Autónomas han recogido en sus legislaciones sectoriales diversos mecanismos de promoción turística como por ejemplo la realización de campañas de promoción, la edición de publicaciones turísticas o la información turística de carácter institucional.

table la distribución de información turística casi instantáneamente a millones de clientes potenciales en los mercados globales. Mientras, los productos turísticos son ideales para ser expuestos en Internet, debido a que el turismo es una industria intensiva de información e Internet es el medio más eficaz de intercambio de información a nivel mundial. Por este motivo, la Red puede facilitar en gran medida la promoción y la distribución de productos turísticos, y potencialmente permitir que destinos y empresas turísticas compitan a un mismo nivel, con la captación de nuevos turistas que esto conlleva.

Uno de los instrumentos más importantes, y de uso más habitual por parte de las Administraciones Públicas, es el Portal oficial de turismo, configurándose esta página Web como una nueva forma de mercado. Este instrumento relativamente reciente supone la sustitución de los catálogos en papel por información electrónica multimedia, creando así el llamado «*catálogo virtual*» o «*turismo virtual*».

El Plan Integral de Calidad del Turismo Español, en su programa noveno relativo a la promoción turística, contempla una serie de medidas para el cumplimiento de los objetivos ahí fijados, entre las que se encuentra la potenciación del portal de Internet. De esta manera y desde la Administración Estatal, se ha puesto en marcha el ambicioso plan del portal de turismo de España [www.spain.info](http://www.spain.info), donde se ofrece una de las mayores bases de datos y recursos audiovisuales interactivos existentes en la red con visitas guiadas, visitas virtuales, infografías animadas, folletos digitalizados, etc. Este proyecto, que integra a todos los actores del mercado, tanto públicos como privados, es un portal orientado al mercado internacional con un entorno multi-idioma y una amplia gama de información sobre destinos turísticos y servicios de ayuda de planificación.

Este instrumento de promoción turística está generalizado en la totalidad de las Comunidades Autónomas. En todas ellas se ha creado un portal Web oficial en el que se muestra información turística de todo tipo: alojamientos turísticos, central de reservas, mapas, oficinas de turismo, agendas de actividades turísticas, guías gastronómicas, información meteorológica, rutas turísticas, webcam en tiempo real, etc. E incluso una información detallada sobre determinados servicios públicos que inciden y son de interés para el desarrollo de la actividad turística, como sanidad, transportes, seguridad pública, etc., ya que, dado el carácter transversal de la actividad turística, el turista necesita y demanda información sobre otras actividades o servicios que van a incidir directamente en su disfrute «total» del viaje.

En un grado superior, en estas páginas, además de presentar información turística, se establece la posibilidad de contratar directamente los servicios turísticos ofertados por el sector privado, lo que convierte a estos por-

tales en auténticas «*agencias virtuales*». Se trata de la creación de una central de reservas on line dirigida a las empresas turísticas por la que pueden interactuar la demanda turística con la oferta local o regional; de tal forma que se consigue coordinar la acción comercial y facilitar mediante el uso de las Nuevas Tecnologías el acceso de empresarios turísticos y clientes a la oferta existente en el territorio.

Ahora bien, la simple presentación de la página institucional de turismo no es suficiente. Hay que prevenir que el diseño y configuración de la página Web resulta esencial para el cumplimiento del objetivo final. La clave para alcanzar esta ventaja es disponer de un sitio diseñado y mantenido de forma atractiva, informativa e interactiva, con la información exacta, actualizada y detallada sobre aquellas ventajas que proporcionen valor al receptor (36).

Son varias las ventajas que para la Administración Turística competente conlleva el uso del portal turístico promocional.

En primer lugar, el gran número de pobladores del «ciberespacio» en cualquier momento conlleva que una de las ventajas que ofrece Internet frente a los medios tradicionales es la exposición permanente y la capacidad de alcanzar de una manera global los mercados, de tal forma que la Red proporciona acceso virtual ilimitado a millones de personas, con cantidad de información ilimitada, y en un tiempo constante.

En segundo lugar, potencia la imagen de «destino integral»; las páginas Web oficiales, al ofrecer información centralizada sobre los recursos y productos turísticos existentes en todo el territorio, crea una percepción de unidad de la marca turística.

La capacidad de comunicación de la página Web oficial ofrece una tercera ventaja, al conducir a ahorros sustanciales en la promoción de los recursos turísticos de un territorio; de este modo, si los medios tradicionales de promoción (catálogos, publicaciones, campañas televisivas, etc.) conllevan un importante coste económico, como ya se ha señalado anteriormente, una de las ventajas del portal turístico promocional es su menor coste.

La promoción turística mediante página Web institucional es dinámica y personalizada, lo que está en íntima conexión con la tendencia actual en la que los usuarios/clientes turísticos buscan turismo personalizado, a la medida, planificando y comprando productos/servicios turísticos a través de la Red. De esta manera, el turista puede planificar su viaje a través del portal promo-

---

(36) Sobre la promoción turística de las Comunidades Autónomas a través de sus páginas Web, puede verse P. DÍAZ LUQUE, A. GUEVARA PLAZA y J.L. CARO HERRERO, *Promoción Turística de las Comunidades Autónomas en Internet*, en el V Congreso Turismo y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Málaga, 13-15 de octubre de 2004.

cional de acuerdo con sus preferencias y necesidades, de tal forma que estos canales de promoción estrechan la relación con el turista, diversifican los productos turísticos ofrecidos, y mejoran la información turística ofrecida.

Otra ventaja que aporta el Portal turístico promocional es que éste se configura como instrumento fundamental para promocionar una política turística concreta. El usuario puede apreciar dentro de la página Web oficial que un territorio se caracteriza por su sector de la nieve, por su sector vinícola, por su turismo rural... o simplemente por una diversidad de recursos turísticos. Incluso la Administración Turística puede ir cambiando, gracias a la flexibilidad que permite Internet, los recursos turísticos a destacar en función de la época del año o en función del contenido de la agenda política de cada momento, desarrollando una política turística dirigida al fomento de un subsector turístico concreto (piénsese por ejemplo en subsectores turísticos en crisis, en la necesidad de desarrollar turísticamente un territorio concreto o en el objetivo de apoyar un sector emergente).

En relación con lo anterior, permite la oferta y contratación de paquetes turísticos dentro de un territorio de forma centralizada y sencilla, lo que sin lugar a dudas facilita la programación e implantación de unas políticas turísticas concretas, así como relacionar diferentes recursos turísticos (turismo de nieve y turismo rural conjuntamente por ejemplo) para diversificar los ingresos entre los diversos subsectores.

Asimismo, el portal promocional se configura como un instrumento ideal para la promoción de PYMES y microempresas —el turismo es un sector donde predomina la pequeña y mediana empresa—, sobre todo de zonas rurales, que de otra forma tendrían complicado acceder al mercado en condiciones de competitividad. Al aparecer este tipo de establecimientos en la página Web de la Administración Pública correspondiente, se les permite acceder al mercado en condiciones de cuasi-igualdad con otras empresas turísticas. Y es que la página Web institucional permite una centralización de los establecimientos turísticos existentes en el territorio, compitiendo al mismo nivel; de otra forma, aquellos pequeños establecimientos podrían perderse, con su página Web, en el ciberespacio.

Finalmente, permite una información continua de los recursos turísticos al usuario, al configurarse como herramienta de ayuda al turista durante el ciclo completo del viaje, es decir, tanto en la fase de planificación como en la de consulta durante el mismo a través de múltiples dispositivos.

Junto a la ya consolidada técnica de promoción turística mediante páginas Web institucionales, el rapidísimo desarrollo y evolución de las Nuevas Tecnologías está poniendo en manos de las Administraciones Turísticas competentes otras posibilidades promocionales a través de diversos mecanismos

tecnológicos. Es el caso por ejemplo de las campañas electrónicas de publicidad a través de diversas vías como Internet, sms o correos electrónicos, de tal forma que si en el pasado las campañas turísticas se realizaban en soporte papel o televisión, con el uso de las Nuevas Tecnologías de la Información se amplía el abanico de posibilidades para promocionar las campañas. Otra técnica cada vez más relacionada con la Administración Turística es el e-marketing, es decir, el conjunto de actividades de mercadeo turístico orientados a promover productos y/o servicios mediante el uso de medios electrónicos, y alcanzar el posicionamiento adecuado y competitivo de la marca turística; y dentro del e-marketing, pueden observarse muy diversos mecanismos como el posicionamiento en buscadores, la publicidad on-line, la inscripción y promoción en directorios y portales especializados, las técnicas de marketing relacional (creación y gestión de bases de datos), o las auditorías sobre el resultado de estas acciones. Mención especial merece la labor que se empieza a desarrollar en materia de información/promoción turística a través de teléfonos móviles (37).

## **B) Fomento y Nuevas Tecnologías**

Por lo que se refiere a la actividad administrativa de fomento, entendiendo por ésta la intervención mediante la cual la Administración ofrece incentivos para potenciar y estimular la oferta turística y que ésta cumpla objetivos turísticos concretos, se ha configurado en la actualidad como uno de los pilares fundamentales de la intervención de la Administración Turística en el marco de ese contexto caracterizado por el predominio de la empresa turística privada.

Las Comunidades Autónomas han recogido en sus correspondientes normativas sectoriales una regulación exhaustiva de esta actividad. Según esta normativa, la actividad de fomento puede perseguir, y de hecho persigue, muy diversos objetivos: la diversificación, segmentación y desestacionalización de la oferta turística a través de la incentivación de productos propios del turismo de interior (artículo 65 de la Ley del Turismo de Aragón); modernización y saneamiento de empresas (artículo 49 de la Ley de Turismo de la Región de Murcia); mejora de la calidad de los recursos o servicios turísticos (artículo 31 de la Ley de Turismo de La Rioja), etc.

---

(37) En este plano cabe citar el llamado «Tourist Movil», a través del cual la Consejería de Turismo de la Comunidad Valenciana pone a disposición del turista un conjunto de guías turísticas desarrolladas en java que le permite disponer en todo momento de la información más completa de la Comunidad. Esta guía ofrece información visual y práctica con más de 5.000 palabras y numerosas imágenes, e incluye ideas prácticas de zonas turísticas.



Por su parte, las medidas previstas en la normativa autonómica para la consecución de estos objetivos son igualmente diversas, aunque a efectos de sistematización se puede hablar de dos grandes bloques: medidas de carácter económico, a través de ayudas y subvenciones respetando en cualquier caso los principios de publicidad, concurrencia y objetividad así como las normas generales sobre la libre competencia, sin perjuicio de la normativa de la Unión Europea; y medidas de carácter honorífico, a través de incentivos y premios en reconocimiento de aquellas actuaciones privadas o públicas tendentes a la consecución de los objetivos propios de la política turística.

Sobre este marco se puede observar que en relación con esta intervención incentivadora de la Administración Turística, las Nuevas Tecnologías facilitan la consecución de una simplificación administrativa que, para el otorgamiento de las medidas de fomento, resulta fundamental en el sector turístico debido a que la lentitud y complejidad procedimental puede ralentizar o eliminar proyectos de innovación tecnológica en la empresa privada. No conviene detenerse más en esta relación Nuevas Tecnologías/agilidad procedimental, al resultar totalmente aplicable lo analizado para la actividad de ordenación o policía.

Pero además y en segundo lugar, las Tecnologías de la Información y la Comunicación se convierten en objeto esencial de estas medidas de fomento, ya que las ayudas para la introducción y uso de las Nuevas Tecnologías en el sector turístico permiten potenciar la competitividad y calidad de las empresas turísticas. En la política de tecnologización del sector deben intervenir tanto el sector público como el privado; la introducción de Nuevas Tecnologías aplicadas a la sostenibilidad debe contar tanto con un soporte institucional público como con una adecuada inversión y gestión privada, para lo cual resulta imprescindible el desarrollo por parte de los poderes públicos de tareas de incentivación y fomento (ayudas económicas, dado el desembolso inicial que requiere la puesta en funcionamiento de algunos proyectos tecnológicos). Si la Administración Turística desarrolla una continua e importante actividad de fomento para alcanzar los objetivos de calidad, diversificación, conservación de recursos, etc., igualmente debe desarrollar una actividad incentivadora del uso de las Nuevas Tecnologías con la finalidad de que las empresas turísticas de su territorio las introduzcan en el desarrollo de su actividad, lo que desde luego repercutirá en última instancia en los ideales de competitividad, calidad e innovación del sector.

Destaca en este sentido la labor que está llevando a cabo la Administración del Estado respecto a la implantación de medidas para potenciar el acercamiento de las Nuevas Tecnologías de la Información al sector turístico. Con tal fin, se puso en marcha el Plan de Innovación Tecnológica del Sector Turís-

tico de Alojamientos (2003-2005), que prevé aumentar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas turísticas en el mercado nacional e internacional al facilitar su incorporación al mundo de la Web.

El Plan de Innovación Tecnológica del Sector Turístico es una iniciativa promovida por la Secretaría General de Turismo, que gestiona SEGITUR, cuyo objeto es dotar a los alojamientos españoles de servicios de Internet, con una Web y dominio propios, así como reforzar la presencia de los hoteles en la página Spain.info mediante la creación de microsites. Se potencia la presencia en Internet del sector alojamientos, mediante medidas como la creación gratuita de páginas a hoteles de 1, 2 y 3 estrellas, hostales y casas rurales, así como el ofrecimiento de dos buzones de correo electrónico, publicidad on-line de su alojamiento, un gestor de contenidos para actualizar la información de la página y un sistema de reservas indirecto, apoyado por una plataforma telefónica que permite a los potenciales clientes solicitar una reserva mediante el envío de un mensaje de e-mail.

En cualquier caso, junto a medidas de carácter económico, fundamentalmente subvenciones, no hay que olvidar que existen otras medidas de fomento en manos de la Administración Turística que pueden repercutir muy positivamente en este ámbito. Basta pensar en la utilidad que a tal fin tiene la convocatoria de becas y ayudas para proyectos de estudio e investigación en el campo de las Nuevas Tecnologías/Turismo, o el otorgamiento de medidas honoríficas para aquellas actividades o proyectos de notable reconocimiento.

Igualmente cabe destacar la contratación administrativa como importante actividad indirecta de fomento. Recordemos que la Administración Turística desarrolla una actividad de carácter prestacional, como es el caso de los Paradores de Turismo a nivel estatal o de las Hospederías en Comunidades como Aragón, cuya gestión y explotación puede ser directa o indirecta. En este sentido, desde la Administración se fomenta la introducción de las Nuevas Tecnologías al establecer en los pliegos y en los contratos posteriores la obligación del uso de aplicaciones informáticas de gestión y control que, o bien proporciona la Administración al explotador, o bien éste introduce en la gestión con sus propios medios.

## **6. Nuevas Tecnologías y estudios turísticos: una relación fundamental para una política de calidad**

Un elemento fundamental para la consecución de un turismo de calidad es el de la profesionalidad de las personas que desarrollan las actividades de prestación. No es suficiente con ofertar y promocionar unos recursos turísticos basados en las ideas de competitividad y calidad, sino que además las

personas que se encuentran prestando estos servicios y recursos han de contar con la formación necesaria y suficiente para impulsar esa calidad de prestación (38).

Así, se viene planteando desde diversos foros la necesidad de profesionalizar al personal que presta sus servicios en las empresas turísticas o que ejerce una determinada actividad turística profesional, ya que una buena formación constituye un factor de gran importancia para conseguir servicios de calidad en sectores como el turismo.

Por todo ello, no es de extrañar la importancia que el Plan de Calidad otorga a la formación y cualificación de los profesionales del turismo (*«la formación de los profesionales del turismo, tanto continua como inicial, es sin duda un elemento estratégico para afrontar los cambios que están aconteciendo en el sector. La calidad del turismo depende en gran medida de la participación y buena formación de sus trabajadores»*), y más concretamente, la importancia de la formación en el uso e implantación de las Nuevas Tecnologías (*«para poder desarrollar e implantar tecnologías novedosas en el sector, es necesaria una intensa formación del personal»*), añadiendo que es *«necesario insistir en la definición de herramientas tecnológicas que apoyen la formación»*) (39).

La importancia que la formación en Nuevas Tecnologías tiene para el sector turístico no ha pasado por alto en la actual normativa autonómica.

La práctica totalidad de las Comunidades Autónomas recogen en sus leyes de ordenación del sector un mandato para que la Administración turística adopte las medidas necesarias de apoyo al ejercicio, formación y perfeccionamiento de las actividades propias del sector turístico; incluso algunas Comunidades insertan en su norma legal la referencia expresa a la formación en materia de Nuevas Tecnologías. Es el caso de la Ley de Canarias, cuyo artículo 71.2 establece que la Consejería competente en materia de turismo *«prestará apoyo a la formación turística mediante becas y otras ayudas, especialmente destinados a la adquisición de conocimientos y tecnologías de van-*

---

(38) En este sentido, hay que tener en cuenta que el propio texto constitucional, en su artículo 40.2, establece el mandato dirigido a los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales; readaptación que en el sector turístico tiene un valor añadido dado la continua transformación del mercado y de las demandas por parte del usuario turístico.

(39) El Plan del Turismo Español Horizonte 2020, siguiendo la misma línea que el anterior Plan de Calidad, resalta la formación como uno de los ejes principales. Considera que para conseguir que el servicio ofrecido a los clientes sea de la máxima calidad posible, los trabajadores de la actividad turística deben disponer de una formación acorde a las nuevas necesidades, entre cuyos aspectos esenciales se encuentra el uso de las Nuevas Tecnologías.

*guardia*»; o la Ley de Cantabria, que en su artículo 45 señala que el Gobierno de Cantabria «apoyará la formación turística destinada a la adquisición de nuevos conocimientos y tecnologías».

Partiendo de este marco, hay que tener en cuenta que en el ámbito de la enseñanza turística confluyen dos relaciones básicas y ejes nucleares en la intervención de las Nuevas Tecnologías: la formación dirigida a la mejora de la calidad en el sector mediante la implantación de sistemas de aprendizaje de las Nuevas Tecnologías, y la definición de herramientas tecnológicas que apoyen esta formación (40).

En el primer eje, resulta vital que los profesionales del sector turístico (tanto el agente privado como el gestor público especializado en materia turística) tengan una formación tecnológica acorde con los nuevos retos planteados. Formación en la que, sin limitar los elementos teóricos siempre necesarios, se potencie el carácter práctico y su adaptación a las características específicas de cada profesión. En cualquier caso, hay que resaltar una serie de características propias del sector turístico que influyen en la formación del uso de las Tecnologías, especificidades que deberían informar y desarrollar el sistema formativo.

Por un lado, el objetivo de la desestacionalización del sector conlleva íntimamente la diversificación del producto, por lo que el sector turístico, tan heterogéneo, con actividades y subsectores tan diferentes, y ofreciendo productos turísticos tan diversos, exige una formación que sea acorde con la especificidad de la rama correspondiente, demandando una capacidad/formación diferente para cada actividad, subsector o producto. Así, junto a una formación general y global del uso, aplicaciones y posibilidades de las Nuevas Tecnologías en el turismo, se requiere una formación sectorial y específica.

Por otro lado, la nueva era de la información y los adelantos tecnológicos a una velocidad imparable, provoca que cambie la forma de vender el producto y prestar el servicio, de tal manera que el sector turístico requiere de una formación continua. Factores como la gran cantidad de pequeñas y medianas empresas existentes en el sector, o la estacionalidad que ha favorecido la contratación temporal de trabajadores que proceden en general de otros sectores, han dificultado tradicionalmente la planificación y estructuración de la formación ocupacional y continua de los profesionales del turismo. Por tanto,

---

(40) Al respecto puede verse, José Luis SÁNCHEZ OLLERO, *El uso de las nuevas tecnologías en la formación turística: un análisis desde la óptica de la rentabilidad y la utilidad para el caso de Andalucía*, en el I Congreso Turismo y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Málaga, 15-17 de septiembre de 1999; Eugenio FERNÁNDEZ, Ignacio OLMEDA y Antonio MORATILLA, *E-Learning: Hacia la próxima frontera del Aprendizaje y el Conocimiento en Turismo*, en el IV Congreso Turismo y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Málaga, 23-25 de octubre de 2002.

uno de los principales retos de la Administración es la correcta adaptación de estos profesionales a los cambios producidos por las Nuevas Tecnologías y a las nuevas demandas del turista, de tal forma que esta formación tecnológica no sólo debe darse en la formación profesional reglada/inicial, sino también, y con más importancia si cabe por la exigencia de adaptación continua, en la formación profesional ocupacional y en la formación profesional continua, imprescindible para alcanzar una prestación turística de calidad.

En el segundo eje nuclear, el objetivo sería aprovechar las posibilidades que ofrecen las Nuevas Tecnologías, en especial Internet, para mejorar la formación. Además, con la llamada *e-formación* se consigue en última instancia dotar de un importante tono práctico la formación del profesional. Las barreras que en algunos casos trae consigo la formación son salvadas y reducidas a través del empleo de las Nuevas Tecnologías. Por eso, desde hace algún tiempo, la formación a través de medios electrónicos se ha venido configurando como una alternativa fundamental para eliminar los obstáculos de carácter temporal, espacial, profesional y económico. Si la Enseñanza Asistida por Ordenador facilitó la implantación de modelos de enseñanza a través del ordenador sin presencia física de profesor o tutor alguno, los posteriores sistemas hipermedia a través de redes de comunicaciones como Internet permitieron ofrecer información ya no sólo en modo texto, sino también en modo gráfico, audio, vídeo y a distancia. La integración de ambos (cursos desarrollados a través de estas Nuevas Tecnologías con los sistemas tradicionales) han permitido una formación completa para una enseñanza en todos sus niveles y formas, mediante plataformas e-learning que permiten establecer una enseñanza a medida del alumno y del profesor, minimizando de esta manera el coste de formación para la empresa.

Por tanto, éste segundo eje ha de ser entendido como una suma a los sistemas tradicionales de formación, por lo que integrar estas Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación con los modos clásicos de enseñanza sería el objetivo para el desarrollo en el sector turístico de plataformas e-learning.

Una de las Comunidades Autónomas que más ha trabajado en este ámbito es Canarias. Cuenta con uno de los proyectos tecnológicos más reconocidos y premiados, *Tourisonline*, en el que se ofrecen cursos especializados en el sector turístico mediante una plataforma de teleformación. Una oferta formativa abierta las 24 horas del día, los 365 días del año, sin necesidad de desplazamiento, con un proceso de aprendizaje individualizado y un sistema de tutorías personalizado (41).

---

(41) También a nivel estatal se están empezando a dar importantes pasos en torno a este ámbito. Por primera vez, y por iniciativa del Plan Turismo 2020, el Plan Avanza incluye una línea

#### IV. CONCLUSIÓN: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AL SERVICIO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA NORMATIVA TURÍSTICA

A lo largo de las páginas precedentes se ha ido dibujando un marco de posibilidades para introducir el empleo de las Nuevas Tecnologías en la intervención de la Administración Turística, y para configurarlas como uno de los ejes centrales de la nueva política sectorial. No obstante, no cualquier uso debe ser potenciado desde las Administraciones Públicas competentes en la materia, sino que en el futuro habrá que hacer hincapié y prestar especial atención a aquellos proyectos que permitan el cumplimiento eficaz de los objetivos generales de la política turística en el actual contexto, y de los objetivos particulares de cada región según sus características y necesidades.

Respecto a lo segundo, dependerá de la agenda política de cada Gobierno autonómico (o del Gobierno estatal en su caso) y de la coyuntura turística de la región. Respecto a los primeros (los principios generales de la política turística), las Tecnologías de la Sociedad de la Información y la Comunicación ofrecen importantes posibilidades para su plena consecución, de tal manera que junto a los mecanismos tradicionales utilizados por la Administraciones, las Nuevas Tecnologías habrán de servir como complemento esencial y compañero de viaje.

He aquí algunos ejemplos que, aunque vistos algunos de ellos a lo largo de este artículo, sirven de conclusión y a la vez de reflexión para futuras actuaciones públicas en la materia (42).

El *principio de cooperación*, fundamental desde el punto de vista del reconocimiento de un espacio común que permita compartir estrategias turísticas y en algunos casos acción común, y desde luego fundamental también desde el momento en que el «*hecho turístico*» incide en competencias de diversas Administraciones, encuentra en estas Nuevas Tecnologías un instrumento para desarrollar todo su potencial. En este sentido devienen esenciales mecanismos como el establecimiento de una red intranet administrativa que permita el intercambio de información, seguro, entre órganos administrativos (43); o la cre-

---

específica de ayudas para la formación de profesionales de negocio electrónico del sector turístico por valor de dos millones de euros. Las empresas del sector podrán optar a todas las líneas del Plan (Avanza Formación, Avanza I+D y Avanza PYME).

(42) Sin lugar a dudas, otros autores incluirían otros principios como informadores del ordenamiento actual; a efectos de un estudio sistemático, se analizan aquellos que son de común aceptación y reconocimiento unánime.

(43) Sobre este aspecto, cabe destacar el proyecto tecnológico TURIDATA, un sistema de información integral de toda la gestión administrativa de la actividad turística en Canarias, con la intercomunicación entre Administración Autonómica, Cabildos y Ayuntamientos.

ación de órganos interadministrativos de colaboración, cooperación y asesoramiento en materia de turismo y Nuevas Tecnologías, que se configuren como punto de encuentro de las diferentes Administraciones implicadas y como punto de discusión y estudio de estrategias e intercambio de información.

Si las leyes generales de ordenación turística de las Comunidades Autónomas recogen como principio básico en sus respectivas políticas turísticas la consideración del territorio autonómico como *destino integral*, las Comunidades, a través de sus páginas Web de promoción turística o a través de las puertas de comercialización que abre Internet, cuentan con un instrumento fundamental para potenciar la imagen de destino integral. Mediante enlaces a las páginas de los entes locales o a través de la propia página autonómica (proporcionando información sobre recursos comarcales o municipales), se produce una centralización de la información turística sobre los recursos existentes en el territorio autonómico que permite desarrollar eficazmente el principio de destino integral y consolidar una marca turística.

Del mismo modo, las Nuevas Tecnologías se configuran como instrumento esencial para desarrollar una política de *equilibrio territorial*, de cohesión económica y social desde un punto de vista sectorial. Y es que como se ha ido viendo, las Nuevas Tecnologías facilitan este mayor equilibrio entre los territorios, municipios o comarcas, mediante la promoción y conocimiento de la existencia de recursos turísticos en el mundo rural, presentado estos recursos de forma atractiva, recursos y lugares que de otra manera no encontrarían un mercado tan amplio como el que les facilitan las Nuevas Tecnologías.

Los cambios experimentados en el sector turístico, y reflejados en el nuevo perfil del viajero, suponen que la *calidad* y la *competitividad* han surgido como referentes de la nueva política turística y como meta a alcanzar tanto por el sector público como por el ámbito privado. De esta forma, las Tecnologías de la Información y la Comunicación devienen como instrumentos fundamentales para la consecución de tales ideales, en la medida en que como se ha ido señalando, aporta nuevas oportunidades y posibilidades para alcanzarlos: mejoran los mecanismos de promoción y su adaptación a la necesidades de cada turista, permiten desarrollar una información turística personalizada y adaptable a cualquier espacio y lugar, facilitan la prestación del servicio turístico, etc.

Además, la relevancia que adquieren las Tecnologías de la Información y de la Comunicación de cara a potenciar la *diversidad* turística y la *desestacionalización* del sector es notable. Por un lado, a efectos de diversificar la oferta turística, por la gran cantidad de información que de los diferentes destinos se puede insertar en Internet por parte de la Administración Turística, y porque el uso de la red permite que los usuarios diseñen una experiencia turís-

tica más personalizada y contraten, en base a esa información proporcionada, recursos y servicios de muy diversa índole. Por otro lado, esa diversificación que permite Internet posibilita la promoción y oferta de diversos recursos con muy variados paquetes turísticos, desde la promoción de los recursos del turismo de la nieve, a los clásicos recursos de turismo de sol y playa, pasando por la oferta de un turismo cultural, rural, activo, de congresos, de salud, etc., y todo ello en cualquier época del año para cualquier turista de cualquier parte del mundo, de tal forma que se ayuda a que la oferta turística se desestacionalice definitivamente.

Porque las Nuevas Tecnologías llegan a cualquier turista de cualquier parte del mundo, permite igualmente la *maximización de ingresos y turistas* bajo la idea de un *turismo sostenible*. Como se ha ido analizando, las Nuevas Tecnologías y en particular Internet permite que los recursos turísticos lleguen a un mercado universal, ofertando recursos turísticos a cualquier parte del mundo a un coste bajo. Ampliando el conocimiento y la información de los recursos existentes en un territorio determinado, se alcanza una mayor llegada de turistas a ese destino y la consiguiente maximización de ingresos. Frente a los riesgos que puede conllevar esta maximización de «lo cuantitativo», las Tecnologías de la Sociedad de la Información y la Comunicación también deben ponerse al servicio del objetivo de la sostenibilidad, fundamentalmente respecto a la preservación del medio ambiente, del patrimonio cultural e histórico-artístico, y la sostenibilidad urbanística.

Finalmente, si bien la introducción de las Nuevas Tecnologías en el ámbito de la comercialización de los servicios turísticos ha supuesto un impulso a nuevas líneas de transacciones y ventas directas, con la consiguiente mejora de los procesos de negocio de las empresas proveedoras de estos servicios turísticos, no hay que obviar que al mismo tiempo este creciente uso del comercio electrónico en el sector turístico plantea importantes retos de cara al futuro y en particular de cara a gestionar las nuevas relaciones surgidas. Cómo proteger los derechos del nuevo *turista electrónico* o cómo han de gestionar las tradicionales empresas de mediación turística (fundamentalmente, las agencias de viajes) el actual proceso de desintermediación, son algunas de las cuestiones que afectarán al desarrollo más inmediato del *e-Turismo*.

En definitiva, podemos concluir que la introducción de las Nuevas Tecnologías en la Administración Turística es un reto que se plantea de cara al futuro desarrollo de la política turística, y a la vez uno de los instrumentos básicos para alcanzar con éxito los objetivos sectoriales. Un nuevo y fundamental elemento se ha introducido en la configuración de las políticas públicas en materia de turismo. La Administración no puede permanecer al margen de este nuevo contexto y debe adecuar su actuación y sus estructuras a



los efectos que van a ir provocando las Nuevas Tecnologías. Se suele afirmar que en el contexto actual la empresa turística que quede al margen del proceso tecnológico tiene mucho campo perdido y está destinada al fracaso; y en cierto modo, algo parecido puede decirse de la Administración Turística y del importante papel que desempeña actualmente en el sector. El papel de nuestras Administraciones Turísticas ha de ser un papel activo y dinámico, adoptando una posición de liderazgo, de tal manera que no sólo ha de fomentar su implantación entre los agentes privados fortaleciendo las garantías de los usuarios, sino que su propia actuación, en sus diversas modalidades —alcanzando el ideal de la tecnologización integral y global de la Administración Turística—, ha de estar imbuida de las ventajas que proporcionan las Nuevas Tecnologías, siendo imagen para el sector privado. Y es que el nuevo reto ya no es únicamente posicionarse como líder en el turismo real, sino también en el entorno on-line.

## APUNTES PARA UNA REFORMA DE LA LEY DE TURISMO DE URUGUAY

JULIO FACAL Y MIGUEL PEZZUTTI

*SUMARIO: I. CONCEPTOS PRELIMINARES. ¿PARA QUÉ UNA LEY DE TURISMO?— II. LA NECESIDAD DE LEGISLAR EL TURISMO: 1. Por las características propias de la actividad. 2. Por la importancia intrínseca de la actividad.— III. EL ROL DEL ESTADO RESPECTO DE LA ACTIVIDAD TURÍSTICA.— IV. LA DEFINICIÓN DE LOS OPERADORES Y LOS ROLES.— V. LOS ASPECTOS COMERCIALES RELEVANTES DE NUESTRA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN COMERCIAL: 1. En relación al Estado y la regulación de la actividad. 2. En relación al operador turístico. 3. En relación al turista.— VI. LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TURÍSTICA: 1. Regular el vínculo contractual. 2. Regular la oferta. 3. Regular el abuso de derecho y el incumplimiento. 4. La regulación de los mecanismos de pago de los servicios turísticos.— VII. LAS POTESTADES SANCIONATORIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO.— VIII. CONCLUSIONES. OBJETIVOS DE UNA UNA LEY DE TURISMO.*

*RESUMEN:* El artículo promueve la revisión del régimen legal del Turismo en Uruguay, aprobado hace más de 30 años, en base a la importancia creciente de la industria turística y las cuestiones sociales, económicas y culturales involucradas.

De acuerdo con la opinión de los autores, el ajuste legislativo debería considerar: en primer lugar el régimen constitucional uruguayo, el cual, a juicio de los autores, consagra el «Principio de subsidiariedad». De acuerdo con esta regla de derecho, el Estado debe promover, estimular y facilitar la actividad de los particulares y actuar como prestador de servicios sólo cuando la oferta privada es ineficiente o insuficiente para cubrir las necesidades de cierto sector, que ve restringido el goce de sus derechos. En segundo lugar, la consideración de las autoridades locales. Y en tercer término, la conveniencia de la participación público-privada bajo la estructura de una Persona Pública No Estatal, a cargo de la promoción del mercado turístico uruguayo fuera de fronteras —no sólo considerando turistas sino también inversores—.

Los autores además, analizan los principales aspectos de que deberían ingresar en estudio como los derechos de los consumidores, cómo la oferta de servicios debería efectuarse y los requisitos legales a completar, las reglas a ser establecidas en referencia a las relaciones comerciales entre proveedores de servicios, responsabilidad vinculada a las categorías de prestadores —operador, agente, otros—, así como mecanismos de prevención de fraudes y su sistema sancionatorio.

*Palabras clave:* turismo; Uruguay; subsidiariedad; municipios; personas de Derecho Público; oferta turística; consumidor de servicios turísticos.

*ABSTRACT: This article promotes the revision of Tourism legal regime in Uruguay, approved more than thirty years ago, considering the increasing importance of the tourism industry and the social, economical and cultural issues involved.*

*According authors opinion, Legislation adjustment should consider: In first place, the constitutional Uruguayan regime which, on the authors judgment, establishes the «Subsidiary principle». According such rule, State should promote, encourage and facilitate individuals activity and operate as services provider only when private offer is inefficient or not enough to cover the needing of certain sector, restraining substantial rights of a part of the population. In second place, the consideration of local authorities. And in third place, the convenience of the public-private partnership under the structure of a public person outside the State (Persona Publica No Estatal) in charge promotion abroad of Uruguayan tourism market —not only considering tourists but also investors—.*

*Authors also analyses the main issues that should be under study when regulating matters as consumer rights, how services offer should be made and legal requirements to fulfil, rules to be established regarding commercial relationship between services providers, responsibility according providers categories —operator, agents, others—, as well as fraud risk and punishment system.*

*Key words: tourism; Uruguay; subsidiary; local authorities; Public Law persons; tourism offer; tourism services consumer.*

## **I. CONCEPTOS PRELIMINARES. ¿PARA QUÉ UNA LEY DE TURISMO?**

La primer interrogante, planteada por un abogado, bien puede llevar al lector a plantearse respecto del autor una interrogante adicional, esta vez referida a su vocación como letrado. Sin embargo, el tema de los objetivos de una ley deben ser claros para que ella tenga un sustento social, base inicial e innegable de respeto y eficacia consecuente, y finalmente sea útil.

Existe una tendencia a regular todo lo que se considere importante para el que regula. El motivo por el cual se hace impostergable una revisión de la ley de turismo, a nuestro entender es, ni más ni menos, que garantizar el desarrollo de algunos conceptos esbozados en la Constitución de la República. En efecto, una Ley de Turismo es necesaria porque ha de reconocerse y desarrollarse:

- a) La importancia del turismo como actividad humana, y consecuentemente su protección y fomento por parte del Estado.
- b) La importancia del turismo como factor de generación de riqueza y desarrollo, particularmente regional, pero más especialmente local o *municipal* (en la idea de Municipio más asociada al ámbito próximo de la vecindad, que no lo departamental como desarrolló originariamente el concepto la Constitución de la República).

- c) La consagración de los principios de seguridad jurídica e igualdad, el primero implícito y el segundo expresamente reconocido por la Constitución.

La revisión de la Ley, actualmente Decreto-Ley 14335, de 1974 se explica por dos circunstancias:

- a) La norma vigente no refleja acabadamente estos principios ni persigue de modo claro estos objetivos, o en muchos casos, los persigue pero de modo no eficiente
- b) Además, el turismo es un fenómeno mutante por esencia, protagonista de un desarrollo vertiginoso de nuevas tecnologías y estrategias de comercialización y producción de servicios, con la consecuente ausencia de reglas, o al menos reglas equilibradas para los particulares involucrados.

De lo dicho, los objetivos de una revisión legislativa, el «para qué» formulado en la pregunta inicial, debieran ser los siguientes:

- a) Definir adecuadamente el rol de los entes públicos y en todos los casos, institucionalizar formas de cooperación y coordinación inter-administrativa, y más aún, las formas de gestión público privada, estableciendo competencias nacionales y municipales de modo adecuado a las exigencias actuales y desafíos planteados por mercados turísticos cada vez más competitivos y creativos.
- b) Garantizar el goce del «derecho al esparcimiento», la plena satisfacción del descanso como derecho cada vez más aceptado como inherente a todo individuo, traducido en la protección de su tiempo de ocio como instancia de reconstitución de la energía laboral y formación cultural, desarrollo síquico y emocional de la persona.
- c) Fomentar la inversión mediante dos herramientas. Por un lado, el establecimiento de reglas claras y estatutos definidos, de modo de evitar la incertidumbre jurídica como principal motivo de desestímulo del sector. Por otro, la unificación y extensión de los estímulos tributarios.

## **II. LA NECESIDAD DE LEGISLAR EL TURISMO**

Como decíamos entonces, la actividad turística necesita de una legislación adecuada por una serie de factores entre los cuales podemos señalar:

## **1. Por las características propias de la actividad**

El desarrollo de la actividad ha tenido un vertiginoso crecimiento en las últimas décadas, al punto de convertirse en una actividad empresarial por excelencia, desarrollada profesionalmente, apostando a la formación en recursos humanos y capacitación de los distintos sectores de actividad. Una actividad que como hacíamos referencia, cuenta con una diversidad de roles y sujetos intervinientes, tanto como operadores en un variado elenco hasta un concepto de turista que también como veremos admite distintas acepciones.

La actividad turística se ha universalizado generando formas de contratación masiva y accediendo a los medios de transporte más idóneos, llegando a lugares recónditos en el menor tiempo posible, accediendo a ofertas a través de comunicaciones rápidas y con una tecnología cada vez más sofisticada y diversa. Asimismo el turismo se ofrece en el mercado como un verdadero producto y como un servicio cuya comercialización está favorecida por los mecanismos y técnicas de ventas que han surgido, donde intervienen como elementos influyentes, las comunicaciones, el marketing y diversas técnicas psicológicas y sociológicas aplicadas y destinadas a estudiar las necesidades que esperan ser captadas por el turista y como satisfacerlas.

Esto ha traído como consecuencia también una mejora notoria en la calidad de los servicios y los productos ofrecidos, lo que ha sido favorecido por el desarrollo del mercado. En este último punto han cobrado importancia el consumo, la propiedad industrial y la competencia entre los operadores.

## **2. Por la importancia intrínseca de la actividad**

Aquí señalamos en primer término al Estado, por el desarrollo propio de su economía, donde se mueven factores culturales, históricos, sociales entre otros, la generación de ingresos fiscales, el estímulo del desarrollo empresarial, el estímulo de el desarrollo de la infraestructura (construcción de aeropuertos y terminales que contribuyan a desarrollar puntos de interés turístico, así como la facilitación del acceso terrestre por carreteras).

Pero también el estímulo del medioambiente, basado en criterios de sostenibilidad y sustentabilidad que permitan la armonía necesaria para conjugar el espacio, con el ocio y la protección a los recursos naturales.

Para el Estado se generan un gran número de nuevos y diversos puestos de trabajo, en donde interviene un necesario estímulo a la formación profesional y la capacitación como forma de jerarquizar y al mismo tiempo dotar de instrumentos al profesional del turismo. Estimula en forma permanente al comercio minorista, la cultura y la recreación. Agregaríamos por último que

también para el Estado el turismo estimula necesariamente un concepto de identidad colectiva imprescindible para las naciones.

La actividad es importante, sin duda, para el operador turístico que ya hemos analizado, porque fomenta el desarrollo de su empresa y permite una mejor planificación y sistematización de la actividad. El desarrollo de una actividad turística fructífera hará que ese empresario invierta en recursos humanos, en seguridad, pague sus tributos contrate publicidad e intente en todo momento brindar el mejor servicio y de la mejor forma posible al turista. Esto genera sin dudas certeza y seguridad a la hora de invertir de un operador que intentará mejorar la calidad de sus productos, captando de mejor forma las necesidades del turista a través de la oferta. También el operador buscará profesionalizar su actividad para lo cual es fundamental delimitar su rol y responsabilidad. Establecer claramente de qué forma actúa en el mercado y hasta donde responde en casos de incumplimiento del servicio a prestarse.

Y por último esta actividad es importante para el turista en su faz individual, como persona que busca mejorar su calidad de vida, optimizando su tiempo de ocio y de descanso. Nos encontramos hoy día ante un turista con escaso tiempo de ocio y que generalmente cuando lo utiliza busca romper con una vorágine laboral bastante compleja, por lo que este turista será entonces un interlocutor cada vez más exigente y riguroso a la hora de contratar. El turista pretende no correr riesgos y recurre para ello a una visión profesional, diversificada confiable donde sus intereses se encuentran sanamente resguardados. Necesita por tanto obtener seguridad jurídica en la contratación, buscando ámbitos válidos para el ejercicio de sus derechos y con la necesidad de conocerlos a través de normas claras y en forma previa a la contratación.

### **III. EL ROL DEL ESTADO RESPECTO DE LA ACTIVIDAD TURÍSTICA**

El Estado tiene básicamente asignados dos roles en materia turística: el fomento y el estímulo de la actividad particular, mediante su regulación, y el control del cumplimiento de las normas vigentes en la materia (incluso derivadas de los contratos como «ley entre las partes»). Ello excluye, de principio, al Estado como prestador directo de servicios turísticos.

En este sentido, debemos remarcar el acierto de la legislación vigente en tanto que el Estado debe abstenerse de prestar servicios turísticos de modo directo, en concurrencia con los particulares, salvo cuando éstos no puedan o no quieran hacerlo. Y va de suyo que el concepto «no puedan» sólo puede responder a una limitación de carácter legal, por la naturaleza de la actividad calificada como «servicio público» o por imposibilidad de hecho. El giro

«no puedan», a nuestro entender, no podría derivarse de una restricción de carácter administrativo, puesto que en tal caso quedaría en la Administración el arbitrio de la limitación legal que se le impone. Se trata de una verdadera constatación fáctica cuya configuración no admite apreciación discrecional.

Claro está, que lo social reclama para la Administración esa intervención subsidiaria. En este marco, una norma atributiva de competencia debiera ser suficientemente clara como para prever la intervención del Estado en carácter subsidiario garantizando el respeto del mercado. Porque normalmente cuando una actividad calificada como «servicio social» lo es tal por el grupo poblacional al que atiende, debe cuidarse adecuadamente de no generar distorsiones que desincentiven la actividad de los particulares, como creadores de riqueza que redundan, también, en beneficio del bien común. Así, regular un Turismo Social implica definir el grupo a atender, circunstancia que hasta ahora carece de definición legislativa y ha presentado en los hechos no pocos problemas.

En este marco, creemos que sería de suma utilidad incorporar aspectos de estructura orgánica y definición de competencias de los órganos públicos sobre las siguientes bases:

- a) Dado que la Constitución reconoce de modo implícito la importancia de lo municipal en la gestión turística y a su vez, es prudente reconocer la importancia de la experiencia de los particulares para gestionar una actividad en la que ellos son los principales responsables, la consagración legal de la Comisión Nacional de Turismo como órgano asesor del Ministerio de Turismo podría considerarse un avance respecto de la actual situación. Más aún, parecería un acierto incluir dentro de las competencias de dicha comisión el asesoramiento preceptivo en la elaboración de proyectos de Ley en la materia. Esta Comisión, además, debería tener la participación de los órganos que gestionan o conceden servicios públicos vinculados con el turismo. El más claro, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en particular en lo referente a transporte de pasajeros. También del Ministerio de Economía y Finanzas por su específica competencia en materia de regulación del mercado. Y finalmente el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, de modo que se complemente con una visión de ordenamiento territorial adaptado a la idea de un desarrollo turístico sustentable y ajustado a políticas de crecimiento que no afecten otros bienes esenciales en la definición de objetivos a largo plazo (el concepto de Uruguay Natural es un ejemplo de cómo una estrategia de difusión a largo plazo puede verse desnaturalizada por un crecimiento explosivo y no ordenado en caso que suceda).

- b) Asimismo podría establecerse la facultad de crear subcomisiones especiales de asesoramiento (algunas ya existentes como la del art. 7 del Decreto 3/997 referente a Agencias de Viajes) para asesorar en materias específicas o resolver eventuales disputas que se planteen en el sector.
- c) En este marco, también se presenta como oportuno incluir normas que actualicen la Ley Orgánica Municipal en lo referente a la materia turística.
- d) Sin embargo, entendemos que existe una herramienta adoptada por distintas legislaciones comparadas que bien puede servir de modelo inspirador, relativo a la definición y gestión de una promoción de Uruguay como destino turístico, con facultades suficientes para controlar la estandarización de los servicios turísticos atendiendo a su calidad. Hablamos de una Persona Pública No Estatal que, como Corporación Turística, conjugue representación pública y privada y administre recursos públicos generados con la finalidad de atender esta promoción. Ello permitiría la participación de los particulares con su experiencia e impronta, al mismo tiempo que garantizaría los controles y regímenes de Derecho Público para garantizar la consecución del interés general ínsito en este cometido.

#### **IV. LA DEFINICIÓN DE LOS OPERADORES Y LOS ROLES**

Una de las principales carencias que tiene nuestra legislación es la falta de calificación adecuada de los roles de los operadores turísticos. En efecto, si bien el art. 11 del DL 14.335 establece una definición de operadores turísticos, la misma es básicamente un listado ilustrativo, pero nada dice respecto de las funciones que cumplen en el mercado y consecuentemente sus responsabilidades.

Es así que otras legislaciones, basadas incluso en convenciones internacionales, han reconocido dos categorías básicas de operadores: los prestadores directos y los intermediarios. Esta ausencia de regulación ha generado confusiones en distintos ámbitos, particularmente en materia de control y punición por parte de la Administración pública.

Entendemos que sería apropiado reconocer las siguientes modalidades de prestación y/o comercialización de productos turísticos y sus correlativas:

- a) Prestador del servicio, como aquél que presta el servicio turístico de modo directo al adquirente, categoría en la que ingresan los operadores turísticos.



- b) Organizador del servicio, como aquél operador que, sin utilizar servicios propios, organiza todos los aspectos de un tour o «paquete turístico», combinando al menos dos servicios turísticos por más de 24 horas, los comercializa como un conjunto sin la participación del turista en los elementos que lo componen
- c) Intermediario, como aquel que promociona servicios de terceros separada o conjuntamente, pero en este último caso con la intervención del turista en la determinación de los elementos que lo componen
- d) Promotor, como aquél que fomenta o facilita mediante la publicidad elaborada por él o mediante la utilización de páginas web la adquisición directa del turista, pero de modo tal que influye en su elección.

Al presente nuestra ley no distingue estas categorías y por tanto, a la hora de analizar las obligaciones y responsabilidades que surgen de cada modalidad de actuación y las responsabilidades consecuentes, la doctrina y especialmente la Administración ha visto dificultado su análisis.

## **V. LOS ASPECTOS COMERCIALES RELEVANTES DE NUESTRA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN COMERCIAL**

Nos preguntamos entonces cuáles son los aspectos relevantes de nuestra actividad comercial turística que ameritan cambios profundos en materia legislativa, y pensamos que debemos analizar este punto también tomando en cuenta la perspectiva de los distintos actores que aparecen en la actividad:

### **1. En relación al Estado y la regulación de la actividad**

Uno de los aspectos más relevante es que nuestro Estado no cuenta con una regulación normativa adecuada a los cambios que el turismo ha sufrido y que venimos reseñando, por tanto la regulación de la actividad frente a los particulares se realiza con una excesiva aplicación de los reglamentos y de determinadas normas comerciales que no se ajustan en todos sus términos a la actividad misma, la que tiene sin duda principios particulares que es necesario contemplar. La aplicación de las normas que regulan las relaciones de consumo si bien tienen puntos de conexión con la actividad, entendemos deberían ser subsidiarias de una legislación adecuada y específica que tiene sus particularidades y principios propios.

Señalamos también la ausencia de principios rectores como ser la cooperación institucional, la sostenibilidad y sustentabilidad, la calidad, a lo que agregamos la ausencia de roles y responsabilidades de los actores de

la actividad. Tampoco se vislumbra en la normativa vigente ningún atisbo de planificación territorial y estratégica de los recursos turísticos, como ser los fenómenos del turismo de segunda residencia que ostentan otros países del mundo.

La carente vocación interdisciplinaria del Estado, quién no ha sabido crear un Comité Interministerial que se ocupe de la actividad para su desarrollo, un observatorio de turismo o un centro de Investigaciones a tales efectos, sumado a la falta de incentivos tributarios y previsionales para quien realiza la actividad, generan un sistema normativo general que parece conspirar ciertamente contra la propia actividad que el Estado se empeña en declarar de «interés nacional».

## **2. En relación al operador turístico**

En este caso como hemos señalado su rol debería depender del relacionamiento y de la prestación, lo cual necesariamente amerita una categorización adecuada. En Uruguay no sólo se verifica la carencia de regulación de roles y obligaciones sino además existe ausencia de profesionalización de la actividad, siendo la misma no terciaria y carente de formación .

Algunas áreas necesitan ser reguladas en forma específica por su particularidad y señalamos entre ellas, la actividad del Guía de Turismo, del Corredor inmobiliario, el turismo estudiantil, el turismo aventura, el contrato de tiempo compartido, la actividad de eventos y congresos y muchas otras, que no cuentan hoy con la debida protección y jerarquización para su desarrollo.

## **3. En relación al turista**

El tercer aspecto lo es sin duda que esta actividad comercial turística, está dirigida a un turista cuya definición, dada por el DL 14.335, sólo abarca al turista que goza su tiempo libre, pero no incluye, y con esto no necesariamente afirmamos que deba incluirlo pero sí al menos se debería en forma previa debatir sobre el tema, al viajero por negocios, siendo entonces el concepto totalmente coincidente con el concepto de consumidor final que establece la ley 17.250, como aquél destinatario final que adquiere o utiliza para sí.

El viajero por negocios, de acuerdo a estudios recientes, realiza irremediamente turismo en su tiempo libre, ya sea adquiriendo bienes para hacer más placentera su estadía, o comprando obsequios o productos autóctonos para llevar a su país de origen visitando museos o lugares tradicionales y para ello contratando guías, excursiones y operadores y seguramente realizando incursiones gastronómicas a efectos de probar las especialidades

del lugar. Sin embargo, ese viajero, al no ser considerado turista, ni tampoco consumidor por nuestra legislación, no gozaría en caso de incumplimiento, de una tutela jurisdiccional y administrativa especial que respalde sus derechos. Esto se contrapone con una variada legislación comparada, como por ejemplo España, en donde las leyes de los Estados unificaron ciertos criterios e incluyeron dentro de sus normas al viajero no importando el motivo de su viaje.

El peligro entonces es la aplicación excesiva de la normativa que regula las relaciones de consumo, cuyo objetivo es simplemente equilibrar las fuerzas en el mercado, y cuya aplicación, será llevada a cabo por el Área de Defensa del Consumidor. La ley establece que esta área intervendrá, siempre y cuando no existan en la actividad de que se trate organismos especializados que ejerzan su superintendencia. En el caso del turismo, pensamos que el Ministerio de Turismo o eventualmente otra estructura pública no estatal, y dado que la propia actividad tiene principios especiales, es quien debe velar por los deberes y derechos de las partes lo que, así como el rol del Estado, deberían consagrarse necesariamente en una ley especial, y la regulación y aplicación de la norma, llevada adelante por el propio Ministerio, con herramientas válidas, eficaces que conduzcan a proteger al turista pero al mismo tiempo protejan e incentiven al operador turístico responsable.

Encontramos hoy, conjugando la ley de turismo 14.335 y la ley 17.250, como derechos del turista —entre otros— el derecho a la información, el respeto a las tarifas e itinerarios, ser prevenido y resarcido en caso de daños, recibir el servicio en buenas condiciones, pero también el derecho a arrepentirse tal cual lo establece el art. 16 de la citada norma en algunos casos como ser la venta informática, televisiva o telefónica, conllevando esto un gran peligro y con algunos asuntos importantes sin resolver. Entre ellos nos preguntamos como conjugar la normativa aeronáutica cuyas normas cuentan con una rigidez absoluta, con la normativa relacionada con el consumo; basta sólo con pensar en las condiciones que se establecen en un billete aéreo para su devolución, y pensar además que dicho billete puede ser adquirido a través de internet (boleto electrónico). Las dificultades de su devolución, invocando la ley de defensa del consumidor, son realmente serias en nuestro sistema normativo, y en esto cabe analizar, además, la ausencia de roles como explicábamos al principio, pero además el vertiginoso desarrollo de la compra informática, cuyo punto analizaremos más adelante.

## **VI. LA REGULACION DE LA CONTRATACIÓN TURÍSTICA**

Nuestra legislación debe encaminarse necesariamente a una regulación que modifique y atienda algunos aspectos de la contratación que consideramos relevantes:

### **1. Regular el vínculo contractual**

En este aspecto nos parece fundamental establecer la determinación de la responsabilidad de acuerdo a como se actúa en el mercado. No compartimos aquella posición que habla de un contrato de turismo, ya que entendemos que intentar definir un contrato de turismo sería encasillar una actividad que por sus propias características, es cambiante, y en donde actúan un número muy grande de actores involucrados. Sin embargo el establecer el rol del operador en el mercado, nos lleva directamente de la mano de la responsabilidad.

Deben establecerse claramente las responsabilidades ante el incumplimiento en forma previa, porque debemos tener en cuenta que el turismo tiene como implícitas situaciones de imprevisibilidad que generalmente se generan fuera del lugar de residencia del turista y deben ser contempladas, otorgando protección y confiabilidad a quien a su vez confió en el profesional o en los profesionales con quienes contrató.

La legislación debe prever una contratación turística que ha variado y se ha desarrollado a través de medios masivos de comunicación como la informática. Tenemos hoy día a través de internet, una serie de conceptos novedosos donde encontramos desde centrales de reserva, portales, guías, metabuscadores, páginas webs y otros instrumentos, a través de los cuales se accede en forma rápida a una serie de ofertas, de operadores y de productos y servicios turísticos, que muchas veces son ofrecidos por empresas constituidas en el extranjero y que carecen de representación, o si la tienen puede estar incluso en otro país diferente. Nos preguntamos: ¿dónde se cumple el objeto del contrato? O mejor ¿dónde se perfecciona? Esto trae sin dudas una serie de problemas comunes al comercio electrónico, pero es especialmente sensible en el turismo en primer término para el Estado, ya que corre el riesgo de alentar al informalismo de no poder controlar estos aspectos (no olvidemos que las agencias debidamente constituidas deben establecer una garantía ante el Ministerio de turismo por posibles infracciones), posibilitando que estos lugares informáticos se constituyan como verdaderos operadores, sin garantía alguna, carentes de respaldo y que además no cumplan con sus obligaciones tributarias.

Pero también es un problema para el turista que en caso de incumplimiento no sabrá a quién reclamarle y verá truncada la posibilidad del ejerci-

cio pleno de sus derechos. Y por último también es un problema para el operador ya que la venta informática es una de las hipótesis del arrepentimiento consagrado en el art. 16 de la ley 17.250.

## **2. Regular la oferta**

Si bien hoy día, para aquellos casos en que el concepto de consumidor sea coincidente con el de turista, la normativa que regula el consumo se ha encargado de estos aspectos, entendemos que una ley de turismo debería, en forma específica, establecer pautas en donde la oferta sea la columna vertebral de la contratación, y dentro de ésta, el derecho de información juegue un rol fundamental para que el proveedor cumpla con sus obligaciones y pueda de esta forma limitar su responsabilidad al rol que cumple en la contratación. La ley debe ser incisiva con todo aquél que no informe debidamente u oculte información, otorgando importancia fundamental a las condiciones generales del viaje y de la contratación que deberán entregársele al turista en forma previa o a través de todos los medios que estén a su alcance. Dichas condiciones deben informar horarios, forma de prestación de los servicios y que incluyen, gastos y adicionales, tasas, impuestos a pagar y el lugar indicado, conexiones y quien cumple con los servicios que sean subcontratados, pero también guiar al turista en aquellos casos en que los servicios sean riesgosos y como proceder en caso de incumplimiento.

En la oferta, el rol de la publicidad es de suma importancia. Esta debe ser no engañosa, debe tener identidad con lo ofrecido, comparativa sobre datos objetivos, pero debe permitir que el operador tenga a su alcance un amplio espectro accesible para el turista que no se agota como erróneamente lo establece el decreto 58/02, en la vidriera del operador. Información no es sinónimo de publicidad. Esta última está destinada a seducir al cliente, mientras que la información es bastante más compleja, y todos los medios son válidos mientras sean claros y accesibles para que el turista pueda conocer las condiciones de la contratación.

## **3. Regular el abuso de derecho y el incumplimiento**

La aplicación de la teoría del riesgo, ante la ausencia de normativa ha ganado terreno en los últimos años. Ante el incumplimiento, suponer que éste debe resarcirlo quién se encuentra en mejores condiciones, no parece justo y además no deja de ser una mera suposición. Para esto la legislación debe analizar en primer término aquellas situaciones que lindan con el abuso de derecho, como las cláusulas abusivas en los contratos turísticos y las prácti-

cas abusivas en la contratación (sobreventas, atrasos, cambios intempestivos) pero también como responderá todo aquél que incursionó en dichas prácticas o que aplicó las cláusulas referidas, y para esto deben existir normas claras en materia de responsabilidad. Reiteramos que, en primer término, la forma de actuación, es decir en forma directa, o en la intermediación o mediación, pero además cuáles son concretamente los eximentes de la responsabilidad y qué opciones pueda tener el turista a efectos de su resarcimiento en aquellos casos en que no exista responsabilidad por daños.

#### **4. La regulación de los mecanismos de pago de los servicios turísticos**

En otras oportunidades hemos señalado la falta de regulación de algunos mecanismos de pago utilizados en materia turística como la tarjeta de crédito, en donde existe una gran desprotección de los actores involucrados en el sistema. Hablamos de clonación de tarjetas, fuga de información electrónica, operaciones a distancia «signatura on file», que ha dado origen a diversas fallas que han puesto en jaque a la industria turística en varias oportunidades. Si bien entendemos necesaria una ley que regule estos contratos específicos cuyo uso se ha masificado y posibilitan el crecimiento de la industria y el comercio en general y en particular del turismo, la legislación debería prever determinadas situaciones a efectos de salvaguardar los derechos de los contratantes.

### **VII. LAS POTESTADES SANCIONATORIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO**

El incumplimiento de la norma genera dos efectos, cualquiera sea el ámbito material o rama del Derecho de que se trate: la reparación del daño que se genera a partir de esta situación y la punición o sanción de la infracción. La legislación vigente hace especial hincapié en la segunda cuestión, esto es, la sanción o persecución de la infracción.

La primera, en cambio, pasa más desapercibida, cuando en realidad y en nuestra opinión debiera ser el centro de atención legislativa. En efecto, la Ley establece la creación de un «seguro turístico» que al presente no ha tenido concreción ni parece ser razonable alentar expectativas de que suceda.

En efecto, la Administración no ha generado una estructura como la descrita en la ley, el Poder Ejecutivo no lo reglamentó y el mercado hoy no ofrece, salvo sistemas de asistencia al viajero, una estructura de seguro que se ajuste a lo que previene el art. 15 del DL 14335. Pero además, este mecanismo

está solo previsto para el turismo receptivo, ya que el giro legal establece que estará destinado a los turistas que ingresen al país. No se contempla entonces, ni el turismo interno ni el turismo exportativo o de emisión. Y ello es al presente un tema que debiera ser rediseñado, ya que en realidad la mayoría de los litigios o disputas se plantean con turistas uruguayos que adquieren servicios turísticos en el país o en el exterior con la intermediación muchas veces de operadores locales. Ello obedece a una razón básica: ningún extranjero tiene el tiempo suficiente en el país para aguardar las resultancias de una instancia administrativa o judicial como las que frecuentemente deben enfrentar.

El problema básico a solucionar, a nuestro entender es el siguiente: cuando un turista sufre un problema de «insatisfacción» en su pretensión, esto es, un servicio no prestado o prestado de modo incompleto o diverso de lo pactado, entonces su problema se centra, básicamente, en cómo soluciona rápidamente la situación padecida. Actualmente, cualquier intento por satisfacer el interés del pasajero «insatisfecho» insume por lo pronto lo que el diligenciamiento de un expediente administrativo, y luego o concomitantemente, el desarrollo de las actuaciones judiciales.

Pero, lo que es peor, que no existe es un resultado que concrete la satisfacción del interés del turista, sino más bien, existirá una sanción para el operador encontrado incumplidor. En efecto, sin perjuicio de las instancias judiciales que puedan plantearse, la Ley no establece otra cosa que una sanción que aplicada al operador incumplidor no beneficia al turista, sino a las arcas del Estado. La multa, en efecto, no satisface al turista, no hace que considere que Uruguay es un mejor lugar para visitar, sino tan solo, previene que el incumplidor tenga la tentación de incumplir nuevamente, lo cual tampoco es seguro.

Por este motivo, la ley debiera fomentar una instancia rápida que evite que el conflicto llegue a un punto donde las posturas del operador y del turista no tengan retorno posible. A tales efectos, previo incluso a ser debatidas cuestiones que ameriten la sanción por parte del estado, una conciliación obligatoria en sede administrativa, en la que por razones de eficacia debieran participar las oficinas municipales por ser las únicas al presente con suficiente infraestructura para estar presentes en los lugares donde se requieran estas actuaciones, donde las partes puedan obtener una satisfacción razonable de sus posturas.

Para esto baste pensar que un turista que juzgue mal un servicio probablemente no recurra ni al Ministerio de Turismo ni a la Justicia en las actuales circunstancias, y se limitará a transmitir en su lugar de origen la mala experiencia padecida. En este sentido, por tanto y en algo similar a lo que ocurre con la ley argentina, debería priorizarse la solución del diferendo que la san-

ción como mecanismo punitivo pero que no se refleja en un beneficio para ninguna de las partes.

### **VIII. CONCLUSIONES. OBJETIVOS DE UNA UNA LEY DE TURISMO**

Necesitamos de una legislación que favorezca la protección de los recursos turísticos de acuerdo con normas de sostenibilidad y sustentabilidad, en consonancia directa con el medioambiente y los recursos naturales, y que apunte a una mejora en la competitividad y calidad de los servicios prestados. Para ello es imprescindible entonces una adecuada planificación territorial, que permita diversificar la oferta, para lo cual es necesaria una cooperación interadministrativa, que tenga como objetivo un turismo para Uruguay, no solo de alta temporada sino también de todo el año. Asimismo, es necesario favorecer el asociacionismo empresarial, a través de incentivos que atraigan grupos de inversores y consorcios que apuesten fuertemente a la actividad.

La formación de recursos humanos del sector debe apuntar necesariamente a estudios terciarios, cursos por parte del Estado, capacitación y un Registro de las distintas actividades que apunten a la selección, el profesionalismo y erradiquen definitivamente el informalismo. Definir claramente a los sujetos intervinientes y sus roles, derechos y obligaciones y la forma de ejercerlos, a través de un nuevo marco jurídico que regule la contratación, prevea las situaciones complejas y novedosas, regule la oferta y establezca pautas claras ante el incumplimiento.

En definitiva, un marco legal adecuado con normas que regulen los mecanismos de pago, la competencia entre los operadores, incentiven a través de los tributos la actividad y la inversión y el empleo de mano de obra calificada y que facilite la tarea de todos los sectores.



# **JURISPRUDENCIA**

# **SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y JURISDICCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA NUEVA JURISPRUDENCIA**

RICARDO LLADOSA REDONDO

«El Derecho mercantil respira libertad, como enclave del Derecho privado que es. El Derecho administrativo respira garantía, pues nació como forma jurídica de garantía frente al poder. Pues bien, como paradoja actual, el Derecho mercantil está sometido a controles legales (protección del usuario, consumidor, libertad de concurrencia, reglas de contabilidad, transparencia de actuaciones) que se asemejan al otrora naciente Derecho administrativo, en tanto que el Derecho administrativo va vaciando su ingrediente de garantía ante el postulado de la eficacia».

JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ

*SUMARIO: I. EL DEBATE EN TORNO A LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA.— II. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA DEFINICIÓN, MÁS AMPLIA, DE PODER PÚBLICO.— III. HACIA UN DERECHO HÍBRIDO, PÚBLICO-PRIVADO, PARA REGULAR EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA.— IV. SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y JURISDICCIÓN: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA.— V. UNA CONCLUSIÓN NECESARIAMENTE ABIERTA.*

*RESUMEN:* El ejercicio de funciones públicas a través de sociedades mercantiles por parte de las distintas Administraciones es cada día más usual. La naturaleza híbrida del régimen jurídico de estas entidades, sometidas al Derecho privado con carácter general, pero también al Derecho Administrativo en parcelas significativas de su actividad, plantea dificultades al abordar el control jurisdiccional de sus actuaciones, las cuales deben respetar en todo caso los principios básicos que rigen el actuar de las Administraciones matrices.

*Palabras clave:* empresas públicas; sociedades mercantiles públicas; principios constitucionales; jurisdicción contencioso administrativa.

*ABSTRACT:* The implementation of public functions by means of trading companies on the part of the different Administrations is getting more usual every day. The hybrid

*nature of these entities legal system, subject to private laws in general, but also to public rules in some part of its activities, creates difficulties in order to exercise jurisdictional control of its acts. These acts have always to respect the basic principles which guide the acting of its Public Administrations shareholders.*

*Key words: public enterprises; public trading companies; constitutional principles; jurisdiction against the State.*

## **I. EL DEBATE EN TORNO A LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA**

A lo largo del último curso político de la pasada legislatura, previo a las elecciones locales y autonómicas del 27 de mayo de 2007, la prensa aragonesa se hizo eco del debate parlamentario, mantenido en las Cortes de Aragón, en torno a la transparencia en la gestión de las empresas de la Comunidad Autónoma (1).

Aquél que acceda a la página web de la institución legislativa —no ya como científico del Derecho, sino como mero observador—, y teclee en su buscador las palabras: «empresa pública», se encontrará con no menos de quinientos enlaces a Boletines Oficiales y a Diarios de Sesiones de las últimas décadas; menudearán en la pantalla preguntas de diputados, interpelaciones, mociones, solicitudes de comparencias, comisiones de investigación, propuestas de Ley o no de Ley... Las más aceradas controversias que éstas contienen suelen versar sobre aspectos tales como adjudicaciones de obras o servicios, selección de personal, control financiero y, como no, la *transparencia* en la actuación administrativa, establecida en el artículo 62 de nuestro reciente Estatuto de Autonomía de Aragón (2).

En medio de esta retahíla de información ordenada cronológicamente, sorprende advertir que aquellos grupos políticos acusados ahora de opacidad, antaño achacaban falta de transparencia. Pierden así importancia los sujetos del debate, cobrando relevancia su objeto —las empresas públicas—, cuya notoriedad parece avivarse conforme se acercan las citas electorales.

---

(1) Véase *Heraldo de Aragón*, ediciones impresas de 6 y 9 de diciembre de 2006; 9 de febrero, 3 y 8 de mayo de 2007. *El Periódico de Aragón*, ediciones impresas de 17 de diciembre de 2006; 9 y 11 de febrero de 2007. *20 Minutos*, edición impresa de 14 de febrero de 2007, etc.

(2) Ley Orgánica 5/2007, de 30 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. La actualidad del tema no se circunscribe al ámbito aragonés. Las Cortes Generales aprobaron ese mismo mes la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas.

En los meses previos a los comicios, alegaba la oposición el artículo 12 del Reglamento rector del legislativo aragonés, que citamos textualmente: 1. *Para el mejor cumplimiento de las funciones parlamentarias, los Diputados tendrán derecho a requerir de las (...) empresas públicas de la Comunidad Autónoma la información y documentación que obre en poder de éstos. (...)* 4. *La institución o Administración requerida (...) deberá facilitar al Presidente de las Cortes la información y documentación solicitada (...)*. Y en este punto matiza el precepto: *...o manifestar las razones fundadas en Derecho que lo impidan.*

Y por dar una de cal y otra de arena, o, mejor, una de «transparencia» y otra de «opacidad», cabe señalar que, desde distintos sectores del Ordenamiento Jurídico, no faltan razones para atender, cuando menos, a esta última matización. Así, por ejemplo, SALA ARQUER (3) señala como el Gobierno de la Nación, ante la tesitura de informar acerca de las sociedades estatales de su titularidad, adujo el art. 32 del Código de Comercio, según el cual *la contabilidad de los empresarios es secreta*, pudiendo únicamente decretarse la comunicación de sus libros, correspondencia y demás documentos mercantiles en los casos de *sucesión universal, suspensión de pagos, quiebras, liquidaciones de sociedades o entidades mercantiles, expedientes de regulación de empleo, y cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo.*

La jurisprudencia y doctrina mercantiles justifican esta privacidad, entre otras razones, en la preservación de la estrategia empresarial en un entorno de libre competencia.

Para la jurisprudencia (4) y la doctrina administrativistas, dicha competencia no es, desde luego, ajena a las empresas públicas que no presten servicios en régimen de monopolio. En efecto; el art. 128.2 CE reconoce la *iniciativa pública en la actividad económica* situando teóricamente en un mismo plano a las Administraciones públicas con los ciudadanos y empresas privadas, sin perjuicio, eso sí, del alcance del Derecho administrativo sobre dichas actividades (5). MALARET I GARCÍA va más lejos en esta apreciación, llegando a afirmar que la iniciativa pública estará sometida necesariamente a las mismas reglas de los particulares, identificándose así un ámbito de exclusión, un ámbito de delimitación negativa, un área de no

---

(3) SALA ARQUER, José Manuel, «Huida al Derecho privado y huida del Derecho, en REDA, nº 75, julio septiembre 1992, p. 409-410.

(4) Véase Ar. RJCA 2002/525, STSJ de Andalucía nº 132/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 25 de febrero, Ponente: Ilmo. Sr. D. Jerónimo Garvín Ojeda.

(5) BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo básico. Parte general*, sexta edición, Thomson Civitas 2005, p. 42.

Derecho administrativo y, por el contrario, de sometimiento necesario a las reglas de la competencia (6).

Llegados a este punto, cabe replantearnos la pregunta anterior: ¿deben las sociedades mercantiles de la Administración ser transparentes y facilitar información acerca de su gestión en el marco de una economía de mercado sometida a la libre concurrencia?

Este podría ser el punto de partida de uno de los muchos debates que constituyen «el debate» en torno a las empresas públicas: ¿hasta dónde alcanzan en estas personificaciones de Derecho privado los principios constitucionales y estatutarios que rigen el actuar de las Administraciones públicas?; a saber: el deber de transparencia, la promoción de la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, la interdicción de la arbitrariedad, la vinculación a los derechos y libertades reconocidos en el Título I, Capítulo II CE, la vinculación al Derecho presupuestario, el sometimiento a los intereses generales, la audiencia de los ciudadanos, el acceso a los archivos y registros públicos administrativos...

El aparente nudo gordiano de todas estas cuestiones no es otro que la difícil separación entre Derecho público (administrativo) y Derecho privado (civil, mercantil, laboral...) cuando las Administraciones públicas deciden adoptar la forma jurídica de sociedad mercantil. El Derecho administrativo impone unos procedimientos tendentes a garantizar los principios citados de los que el Derecho privado carece, por la sencilla razón de que éste, tradicionalmente, ha regulado relaciones entre personas físicas o jurídicas particulares que debían dirimir sus diferencias en condiciones de igualdad, sin la existencia de poderes exorbitantes a favor de una de ellas.

La creciente importancia de las sociedades mercantiles públicas como instrumento organizativo y de gestión de las Administraciones ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas en un reciente informe de fiscalización del ejercicio 2002 (7). Señala el órgano constitucional que las empresas públicas dependientes de las Administraciones autonómicas y locales alcanzaron en ese año la cifra de 1.447; monto que, sin duda, ha crecido considerablemente en los últimos años (8). Sólo en Aragón, las partidas de gasto público

---

(6) MALARET I GARCÍA, Elisenda, «El Derecho de la administración pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997 ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, p. 22.

(7) Informe de Fiscalización de los Sectores Públicos Autonómico y Local, ejercicio 2002, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de marzo de 2007.

(8) Como prueba de ello, baste apuntar que, sólo en el periodo de redacción del presente trabajo de investigación, se crearon en Aragón tres sociedades, mediante Decretos 56, 87 y 204

destinadas a financiar las empresas que conforman el sector público autonómico ascienden en 2008 a 572 millones de euros. Si tenemos en cuenta que la Diputación General de Aragón y sus entidades públicas esperan gastar 5.568 millones (9), aquella cantidad supone, grosso modo, un 10% respecto de ésta.

Sin prejuzgar la conveniencia o no de acudir a la fórmula mercantil, que requerirá en cada caso concreto un análisis pormenorizado —ni más ni menos que el que imponen las leyes—, urge replantear la cuestión en aras de la seguridad jurídica, ya que de poco sirve el debate político, o la puesta a disposición de leyes, si ni éstas ni aquél son capaces de superar el aludido nudo gordiano entre la aplicación del Derecho público y el Derecho privado.

En el desarrollo de la presente investigación, trataré de demostrar que el poder judicial, y en concreto la jurisdicción contencioso-administrativa, tienen mucho que decir al respecto. En su labor revisora de la actuación administrativa, y como garante de la legalidad de ésta, la jurisprudencia de este orden jurisdiccional, hoy dispersa y algo contradictoria, debiera constituir un corpus jurídico de primer orden a la hora de fijar criterios que permitan deslindar cuando un conflicto que se suscite en torno a las empresas públicas tiene carácter público o privado.

Problemas, desde luego, no faltarán a la hora de alcanzar este objetivo. El principal de ellos deriva del carácter estatutario del Derecho administrativo como Derecho de la Administración pública (10). Otro no menos importante es el fuero jurisdiccional esencialmente subjetivo que establece el art. 1.1 LJ, en virtud del cual *los Juzgados y Tribunales del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo*.

De la lectura de este precepto parece deducirse que si no existe una actuación de las Administraciones públicas como tales, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 5 LJ: la improrrogabilidad de la jurisdicción.

---

de 2007 (BOAs de 5 de mayo, 30 de mayo y 1 de agosto); se autorizó la participación en el capital de otra: Decreto 93/2007, de 8 de mayo (BOA de 5 de junio) y se acordó ampliar el capital de otra más: Decreto 64/2007, de 8 de mayo (BOA de 23 de mayo).

(9) Ley 7/2007, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008, publicada en el BOE de 31 de diciembre de 2007.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Duodécima edición, 2004, p. 43; BERMEJO VERA, José, *Derecho administrativo básico. Parte general*, sexta edición, Thomson Civitas 2005, p. 33; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, decimoséptima edición, 2006, p. 42.; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, decimoquinta edición, 2004. Los dos últimos citando expresamente a García de Enterría.

Se impone, por tanto, comenzar a abordar el problema de la justiciabilidad de la actuación de las sociedades mercantiles en mano pública, analizando lo que la doctrina y la jurisprudencia entienden por Administraciones públicas, y si aquéllas pueden, de alguna forma, incluirse en la definición de éstas.

## II. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA DEFINICIÓN, MÁS AMPLIA, DE PODER PÚBLICO

Es la propia Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en su artículo 1.2, la que define lo que debe entenderse por Administraciones públicas a los efectos de su aplicación. Junto a la Administración general del Estado, la de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local [apartados a), b) y c)], incluye el apartado d) del citado artículo *las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales*.

Lo dispuesto en el citado artículo 1.2 d) LJ lo ratifica, con carácter más general, el 2.2 LAP, según el cual *las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública*.

Dado que la delimitación de los apartados a), b) y c) del art. 1 LJ parece clara, cabe preguntarse si las sociedades mercantiles bajo control público pueden considerarse, de algún modo, incluidas entre las *entidades de Derecho público* de los citados arts. 1.2 d) LJ y 2.2 LAP. Hacerse esta pregunta equivale a resucitar un debate casi tan antiguo como la propia existencia de aquéllas, que, salvo casos aislados, toma carta de naturaleza en nuestro Derecho administrativo en 1924, de la mano del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo (11). Desde entonces, la doctrina y la jurisprudencia han venido planteándose si dichas sociedades son «Estado» o «propiedad» de éste.

Desde el punto de vista subjetivo-formal, esta pregunta la responden con claridad GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (12), situando en su nacimiento y per-

---

(11) Véase en [www.boe.es](http://www.boe.es): Real Decreto Ley de la Presidencia del Directorio Militar, por el que se aprueba el Estatuto Local, publicado en la Gaceta de Madrid del 9 de marzo de 1924. En los artículos 174 y 175, el Estatuto crea la figura de los «Consejos de Administración», cuyos miembros tendrán la misma responsabilidad que los administradores de las sociedades anónimas. No obstante, será la Ley Municipal republicana de 1935 quien introduzca en nuestra legislación la prestación de servicios públicos a través de Sociedades anónimas de titularidad pública en su artículo 135 b) [Gaceta de Madrid de 3 de noviembre de 1935].

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Duodécima edición, 2004, p. 419 ss.

sonificación la sustancia distintiva de las mismas. Así, según estos autores, mientras las sociedades mercantiles forman parte del *numerus clausus* de personas jurídico-privadas tipificadas por el Ordenamiento —que incluye también las sociedades civiles, fundaciones, asociaciones, mutualidades y cooperativas—, creadas a través de negocios jurídico privados; las personas jurídico públicas o *entidades de Derecho público* se crean a través de normas con rango legal, que contienen y dan eficacia a su estatuto jurídico, y que como tales normas legales se integran en el derecho objetivo.

En efecto; la legislación vigente parece abonar esta tesis: hoy en día, tanto unas instituciones como otras, se regulan en nuestro Derecho administrativo en varias normas capitales. La primera de ellas, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), vino a paliar el caótico escenario creado por el RDL 1091/1988, de 23 de septiembre (Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977), cuyo art. 6, en clara confusión terminológica, calificaba por igual a sociedades mercantiles y entidades de Derecho público bajo la denominación de «sociedades» estatales.

La situación había llegado a tal punto que, poco antes de la aparición en escena de la LOFAGE, el profesor GARRIDO FALLA llegó a afirmar: *nos enfrentamos con un auténtico universo de personas jurídicas públicas (entidades instrumentales) de muy variada naturaleza, sometidas a diversos regímenes jurídicos y cuyo denominador común no resulta fácil determinar* (13).

La LOFAGE, de alguna forma, recuperó una cierta administrativización (14). Bajo la rúbrica general de organismos públicos, se integran los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. Las sociedades mercantiles estatales, separadas ya de cualquier categorización común con las entidades públicas de toda clase, se citan únicamente en la Disp. Ad. 12ª, aclarando ésta que se regirán por el Título VII de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo cual no deja de ser una metáfora de que esta norma las considera «propiedad» del Estado y no «Estado».

Así pues, la separación entre sociedades mercantiles estatales y organismos públicos en la LOFAGE parece clara. Aunque no se sancione expresamente, existe sobre ello amplio consenso, no sólo doctrinal sino también juris-

---

(13) GARRIDO FALLA, Fernando, «Origen y evolución de las entidades instrumentales», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 29.

(14) MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «La organización administrativa y la aplicación del Derecho privado», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997 ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, p. 39.



prudencial. En este sentido, una reciente sentencia, en alusión a la citada Disp. Ad. 12<sup>ª</sup> afirma: *esta Sala no puede ignorar esta realidad normativa indiscutible, y por consiguiente no le es posible considerar como Administración pública a una sociedad pública estatal con forma de sociedad anónima (...), pues si así hiciera estará vulnerando la Ley, que escogió esta modalidad de organización y no otra* (15).

Entiende el Tribunal que por mucho que Televisión Española, S.A. sea una sociedad unipersonal participada únicamente por el Ente Público Radio Televisión Española, no puede ignorarse su personalidad jurídica independiente y separada de la de aquél. Sólo el Ente es Administración Pública, circunstancia que deriva únicamente de la forma jurídica que le asigne su normativa reguladora, con lo cual el Tribunal no hace sino remitirse una vez más al dato del origen de la personalidad, cuyo nacimiento marca la Ley 4/1980, del estatuto de la radio y la televisión.

Pero si la separación entre entidades de origen público y privado operada por la LOFAGE fuera poca, con la entrada en vigor de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria se producirá el anunciado divorcio: la nueva LGP deroga el citado artículo 6 de su predecesora haciendo desaparecer las «sociedades estatales», que pasarán a llamarse «sociedades mercantiles estatales»; frente a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales (16). Todos estos entes formarán parte del sector público estatal, único nexo de unión entre entidades de base pública y privada de la Administración estatal.

En el ámbito autonómico aragonés, el Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (LAAr) reprodujo el esquema organizativo creado por la LOFAGE. En su artículo 13, esta norma configura una Administración institucional autonómica compuesta, al igual que la estatal, por *organismos públicos*, los cuales podrán adoptar la forma jurídica de *organismos autónomos* o de *entidades de Derecho público*.

Separadamente de los *organismos públicos* —señala el mismo artículo

---

(15) Véase Ar. JUR 2006/129544, STSJ de Madrid nº 1514/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3<sup>ª</sup>), de 9 de diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Pérez Alférez.

(16) El art. 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (BOE de 31 de octubre de 2007) entra en clara contradicción con la LOFAGE, la LJ y la LAP al afirmar expresamente que las entidades públicas empresariales no tendrán la consideración de Administración pública. Este hecho supone, en la práctica, que las normas de la contratación pública les sean de aplicación en las mismas condiciones que a las sociedades mercantiles. Sirva esta mención como ejemplo de lo resbaladizo del concepto de Administración pública.

13— podrán existir *empresas de la comunidad autónoma* que, según aclara el artículo 83, adoptarán exclusivamente la forma de sociedad mercantil (17).

Así pues, puede concluirse que, desde el punto de vista jurídico-formal, no cabe duda del carácter distintivo que otorga a las entidades de Derecho público y a las sociedades mercantiles de la Administración el nacimiento de la personalidad: de Derecho público en el primer caso y de Derecho privado en el segundo, así como la consideración de las primeras como Administración pública, con arreglo a las leyes, y de la exclusión de las segundas, que tan sólo formarán parte del sector público estatal, autonómico o local (18).

Como ya he apuntado anteriormente, esta circunstancia ha dado lugar en numerosas ocasiones a que, en aplicación del art. 1 LJ, el Orden Jurisdiccional contencioso administrativo haya apreciado su falta de competencia, desestimando recursos sin entrar a conocer el fondo del asunto. Así lo hace la Audiencia Nacional en sentencia de 19 de junio de 2001, en la que se plantea la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños infringidos en una finca particular a consecuencia de las obras ejecutadas por la sociedad estatal SIEPSA. Considera la Audiencia que *nos encontramos ante la actividad desplegada por una sociedad en régimen de Derecho privado (...), por lo que la solicitud de la actora debió plantearse en otro ámbito jurisdiccional (...) procede desestimar el recurso contencioso ahora planteado, sin perjuicio de cuantas acciones correspondieren en otro orden jurisdiccional respecto de la pretensión aducida* (19).

Pero un análisis de la verdadera naturaleza de las sociedades mercantiles públicas no puede centrarse exclusivamente en el dato de su nacimiento. Ni siquiera en su aspecto jurídico-formal, como instituciones privadas participadas total o parcialmente por entes públicos, puesto que estas circunstancias no dejan de ser meros datos. Importa mucho más al análisis, a mi juicio, el contenido de sus actuaciones, puesto que son éstas las que finalmente se proyectan sobre el ciudadano, sin que en ningún momento pueda dudarse de su origen público, fruto de decisiones tomadas en el seno de sus Administraciones públicas matrices.

---

(17) Quizá con el adverbio «exclusivamente» pretenda el legislador aragonés evitar una posible confusión con las entidades públicas empresariales de la LOFAGE.

(18) La regulación de las sociedades mercantiles locales se contiene principalmente en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes de régimen local. En el ámbito autonómico aragonés, por la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

(19) Véase Ar. JUR 2001/295866, SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª), 19 de junio de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera.

Esta circunstancia la apreció mi tempranamente nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de septiembre de 1978 que, por su clarividencia, merecía citarse textualmente: *la unidad de la Administración se comunica en cierta medida al conjunto de empresas públicas, desde el momento en que es aquella quien las fiscaliza y decide por y sobre tales empresas (...) aun cuando unas veces las normas a que se someten sean (...) de Derecho privado (...), porque lo trascendental es la organización montada para desarrollar una actividad económica que entra en los fines previstos por el Estado (...); así, la Administración participa en concepto de socio, y además comparte también la dirección y gestión empresarial (20).*

Sirva la anterior sentencia, en comparación con la citada dos párrafos más arriba, como primer ejemplo de la inseguridad jurídica que preside la cuestión de las sociedades mercantiles de la Administración en sede judicial; pero a su vez, y en sentido positivo, como muestra de la perspicacia con que, en determinadas ocasiones, los jueces han «levantado el velo» de la personalidad instrumental más haya de la cual se contenían las actuaciones de la Administración *in veste* privada.

Todo ello nos lleva, necesariamente, a concluir en un punto en el cual la doctrina administrativista es prácticamente unánime; en efecto, ante la imposibilidad de encajar la cuestión de la actividad material de las sociedades mercantiles públicas en el concepto clásico de Administración, resulta necesario acuñar un nuevo concepto comprensivo de las mismas: este concepto no es otro que el de poderes públicos.

La noción de poderes públicos tiene hoy su base en la Constitución española de 1978, y su sustrato no es otro que los grandes principios que deben regir el actuar de las Administraciones públicas; principios a cuya aplicación debe ser indiferente el actuar en Derecho público o en Derecho privado, pues su existencia no se ve alterada por la aplicación de uno u otro.

Señala ORTEGA MARTÍN como el Tribunal Constitucional ha sido quien con más frecuencia ha aplicado el criterio material de poder público (21). A este órgano debemos una de las primeras definiciones de poder público bajo la perspectiva que importa a esta investigación. Nos la facilita la STC de 11 de mayo de 1983 (22), que dice así:

---

(20) Citada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, «Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente», en RAP, n.º 126, septiembre-diciembre de 1991.

(21) ORTEGA MARTÍN, Eduardo, «El control judicial de la actividad de la Administración pública», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997 ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, p. 109.

(22) Recurso de amparo n.º 142/1982. Ponente: D. Francisco Rubio Llorente.

*La noción de «poderes públicos» que emplea nuestra Constitución (arts. 9 (...) 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. (...) La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos, puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del Derecho privado y que se sometan a éste los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero ésta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, según dispone el art. 53.1 de ésta, y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos de poder.*

Pero el asunto que quizá haya sido objeto de un mayor número de comentarios por parte de la doctrina sea el famoso «caso Inicatives». Versaba este acerca de la impugnación solicitada contra el acuerdo de constitución de una sociedad mercantil local adoptado por el Ayuntamiento de Barcelona. Pues bien, el Tribunal Supremo, dejando de lado la amplia potestad de autoorganización conferida por la Ley a las Administraciones públicas para la constitución de sociedades mercantiles, apreció que el objeto social de la mercantil adolecía de una generalidad que conculcaba diversos principios constitucionales; señaladamente, el interés general, la libre competencia y la equitativa asignación de los recursos públicos prescrita ex arts. 103, 38 y 31 CE (23).

Es evidente en el «caso Inicatives» la apreciación, una vez más, por parte del Tribunal, de la existencia de un concepto material de Administración, ya que el órgano judicial no pone en cuestión en ningún momento la facultad de constituir la sociedad como persona jurídica independiente del Ayuntamiento, sino que pone el acento en sus actividades y fines, los cuales deben inspirarse en idénticos principios que si los actuara la propia Corporación municipal.

La doctrina administrativista ha analizado profusamente este concepto material de poderes públicos acuñado a partir de nuestra Constitución, si bien, con anterioridad a ésta, el problema ya se había planteado en relación con la actuación de la Administración en Derecho privado. Basta para ello acudir, por ejemplo, a un artículo de GARRIDO FALLA. Ya en los años cincuenta,

---

(23) Véase Ar. RJ 1989/7352, STS de 10 de octubre de 1989. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Bruguera Manté.

este autor, a la hora de dilucidar cuando aquélla podía someterse al Derecho privado y cuando debía hacerlo al público, llegaba a la conclusión de que la Administración se regiría por éste último cuando actuara en su calidad de Poder público, y añadía: *Pero entonces otra vez hacemos entrar al problema en un callejón sin salida, ya que precisamente el criterio para saber cuando el Estado interviene o no como Poder público es el que nos está haciendo falta para diferenciar el Derecho público del privado* (24).

Desde una perspectiva actual, la solución de este aparente círculo vicioso la aportan distintos autores. Así, TRONCOSO REIGADA, citando a MARTÍN RETORTILLO BAQUER, afirma que la prestación de un servicio público, con carácter instrumental, a través de una empresa pública con forma mercantil, puede permitir configurar a ésta como auténtico poder público en los términos mismos y con las consecuencias que de tal calificativo cabe derivar de la propia Constitución (25).

Pero el primero de los dos autores va más allá en sus planteamientos, afirmando que no es necesario estar en presencia de un servicio público en sentido estricto, sino que esta conclusión debe extenderse a toda la actividad instrumental y empresarial de la Administración, puesto que, como sentencia MARTÍN REBOLLO, es un hecho la cada vez mayor utilización de técnicas privatísticas por parte de la Administración potencialmente generadoras de lesiones a los Derechos y libertades de los ciudadanos, y ante esto, cabe concluir que los poderes públicos no dejan de ser tales cuando actúan en régimen jurídico privado, ya que —según este autor—, ostentan casi siempre una posición dominante en el mercado (26).

*¿Cuál es el criterio que permite deslindar cuándo la acción privada administrativa queda subsumida en el concepto de «poder público»?*, se pregunta BARNÉS VÁZQUEZ; y acudiendo a la doctrina alemana sobre el particular —que estudiaremos en el siguiente epígrafe—, se responde: *el criterio no puede ser otro que el del cumplimiento directo de competencias públicas, esto es, la satisfacción inmediata del interés general*; principio éste que, si no el más importante, sí es, tal vez, el más propio y específico de cuantos vinculan a las Administraciones públicas según nuestra carta magna; constituyendo una prueba más de la construcción «material» y no «formal» del concepto de *poderes públicos* acuñado por la doctrina científica.

---

(24) GARRIDO FALLA, F., «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», RAP n.º 7 enero-abril de 1952.

(25) Troncoso Reigada, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, Pag. 189; citando a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho administrativo económico*, Madrid, La Ley, 1988, p. 264.

(26) Obra citada en el punto anterior, p. 206; citando a MARTÍN REBOLLO, L., *La vía judicial previa...*

Llegados a este punto, podemos concluir que, de acuerdo con nuestra legislación y con la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, las sociedades mercantiles creadas o participadas por las Administraciones públicas no forman parte de éstas sino que son propiedad de las mismas.

Del mismo modo, podemos concluir con igual quórum doctrinal, pero con mayor división de opiniones en nuestra jurisprudencia —como expondremos más adelante— que, junto al concepto formal de Administraciones públicas, basado en el dato de hallarse constituidas en forma jurídico-pública (27), existe el concepto material de poderes públicos, constituido principalmente por un conjunto de principios y mandatos constitucionales dirigidos expresamente a las Administraciones públicas, inspiradores del Ordenamiento jurídico-administrativo, que prevalecen aun cuando la Administración actúe sometida al Derecho mercantil mediante la creación o participación en el capital de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

Es en este campo jurídico-material, y no en el jurídico-formal, donde se libra la batalla entre el Derecho público y el privado; donde están en juego, en definitiva, las garantías de los ciudadanos frente al poder. Y como son precisamente estas garantías la esencia del debate acerca de las sociedades mercantiles en mano pública, en el punto siguiente, el cometido de esta investigación será delimitar ese ámbito jurídico-material. A continuación, en el punto cuarto, una vez delimitado el marco jurídico a aplicar, abordaremos cual sea el óptimo jurisdiccional para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 CE (la tutela judicial efectiva) atendiendo por igual a los ideales de justicia y de seguridad jurídica.

### **III. HACIA UN DERECHO HÍBRIDO, PÚBLICO-PRIVADO, PARA REGULAR EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MANO PÚBLICA**

No puedo evitar comenzar este punto citando al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Según el maestro de administrativistas, *un empresario o persona privada puede dilapidar, si quiere, su patrimonio, favorecer con él a sus amigos, asumir los riesgos que desee, (...) elegir como quiera a sus empleados o sus contratistas, etc. Un «poder público» (concepto material que utiliza la Constitución (...)), no puede hacer nada de eso, porque tiene expresamente proscrita la actuación arbitraria (art. 9.3 CE), porque tiene la obligación de promover la libertad y la igualdad de los individuos y de los*

---

(27) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo*, volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 637.

grupos (del grupo de ofertantes posibles de los contratos, por ejemplo) «sean reales y efectivas» (art. 9.2), porque les vinculan todos los derechos y libertades (art. 53.1), porque están sometidos al Derecho presupuestario (art. 134.2) y a la censura del Tribunal de Cuentas (art. 136), porque manejan fondos públicos, además de ajenos, lo que impide toda equiparación con los empresarios o administradores privados, porque están obligados a la objetividad, a la imparcialidad, a servir los intereses generales (art. 103.1), porque han de someterse a ciertos principios del procedimiento administrativo (art. 105) y al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican (art. 106.1) (28).

Poco puede añadirse a tan rotundo párrafo respecto del sometimiento a la Constitución española de los poderes públicos y, en concreto, de las Administraciones públicas, si no es, simplemente, para incrementar la nómina de vinculaciones a más principios y obligaciones de actuación provenientes de otros artículos. Con carácter no exhaustivo podrían citarse los siguientes:

- Art. 9.1: Sujeción de los *poderes públicos* a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
- Art. 23.1: Derecho de los ciudadanos a participar en los *asuntos públicos*.
- Art.23.2: Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las *funciones y cargos públicos*.
- Art.31.2: Asignación equitativa de los *recursos públicos*, cuya programación y ejecución responderá a los criterios de eficiencia y economía.
- Art.38: Los *poderes públicos* garantizarán y protegerán el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (29).

Nótese que en todos los artículos citados, los sujetos responsables de la acción del verbo son los poderes públicos o aspectos de su actuación directamente controlados con éstos (las funciones públicas, los recursos públicos, los asuntos públicos...).

Todo ello llevó a DEL SAZ CORDERO a plantear la existencia en nuestra Constitución de una auténtica *garantía institucional* a favor de la Administra-

---

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, duodécima edición, 2004, p. 410.

(29) Tal como hemos indicado en el punto primero, la intervención pública en actividades económicas no calificadas como monopolio debe respetar la libre competencia, cuyo fundamento se haya precisamente en la mención de este artículo al *marco de la economía de mercado*.

ción pública, y una *reserva de Derecho administrativo* para su regulación que, en todo caso, debía respetarse cuando aquélla actuara en régimen de Derecho privado.

Según DEL SAZ CORDERO, los principios enunciados en esta página han «constitucionalizado» la propia existencia del Derecho administrativo, entendiéndose éste como el conjunto de normas singulares que regulan la actividad administrativa y cuyo cumplimiento se sujeta al pleno control jurisdiccional ex art. 106.1 CE.

Esta *reserva de Derecho administrativo* es la que impide —siempre según esta autora— que la Administración, huyendo del Derecho público, se convierta en una persona de Derecho privado, renunciando a sus prerrogativas para actuar en «aparentes» condiciones de igualdad con los particulares, y hurtando a cambio a éstos, las garantías que frente a la actuación de las Administraciones públicas les confiere aquélla rama del ordenamiento jurídico y su jurisdicción: la contencioso-administrativa (30)

El concepto de la *garantía institucional*, íntimamente ligado a la *reserva de Derecho administrativo*, ha sido tratado más profusamente por TRONCOSO REIGADA que, citando a CRUZ VILLALÓN y éste, a su vez, a la doctrina alemana de CARL SCHMITT (31), la define como una categoría jurídica que alberga aquellos preceptos constitucionales que hacen referencia a organizaciones o instituciones con la finalidad de otorgarles una especial protección, asegurando así su existencia y haciendo imposible su supresión por el legislador ordinario. Para PAREJO ALFONSO, esta finalidad protectora llega a identificar a la Constitución con la garantía, de manera que toda lesión de ésta es un ataque a la Constitución misma. (32)

Así pues, TRONCOSO REIGADA, cercano a la tesis de DEL SAZ CORDERO, entiende igualmente que los artículos de la Constitución antes enunciados garantizan un modelo constitucional de Administración y que, en virtud del carácter directamente aplicable por los jueces y Tribunales de aquélla, son de aplicación en todo caso al actuar de las sociedades mercantiles en mano pública como contenido mínimo y necesario de la susodicha *reserva de Dere-*

---

(30) DEL SAZ CORDERO, S., «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Tres estudios, Madrid, Civitas / UNED, 1992.

(31) TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, p. 118; citando a CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», REDC nº 25, 1989, p. 35-62; basándose en SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1992.

(32) PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981.



*cho administrativo*, y como limitación a la aplicación a éstas del Derecho privado.

La postura del primero de los autores citado en el párrafo anterior no es, no obstante, tan maximalista como la de la segunda, o como la de LAGUNA DE PAZ (33), que llegan a sentenciar la inadecuación de las sociedades mercantiles como instrumentos de la Administración, negando una realidad cada día más extendida, cual es la actuación de éstas en régimen de Derecho privado: civil, mercantil y laboral, por razones de eficacia, de agilidad de procedimientos o, simplemente, para dar una respuesta más adecuada a determinadas demandas sociales.

Quien sí se manifestó abiertamente en contra de los postulados de DEL SAZ CORDERO fue BORRAJO INIESTA en un artículo de tanto calado doctrinal como el de la Catedrática de La Laguna (34). Comienza BORRAJO INIESTA su exposición alegando que, aun partiendo de las mismas premisas que aquélla autora (la existencia de principios constitucionales sobre la actuación de los poderes públicos que vinculan a la Administración y al legislador), es preciso llegar a una conclusión diferente en aras de la prudencia y la cautela.

La prudencia se refiere a la amplia potestad de autoorganización que poseen las Administraciones públicas y la legalidad del recurso a constituir sociedades mercantiles y a actuar en régimen de Derecho privado, según hemos enunciado en el punto segundo.

La cautela deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha negado expresamente que la carta magna pueda ser interpretada a la luz del ordenamiento legal, debiendo hacerse la operación cabalmente a la inversa. Los estudiosos, según el alto Tribunal, deben abstenerse de *esculpir teorías en la Constitución para oponerlas al legislador* (35). Según BORRAJO INIESTA, la lucha del Derecho contra las inmunidades y la arbitrariedad del poder ha de llevarse a cabo en el contexto que ofrecen las leyes y no contra ellas.

Así pues, antes de conservar el Derecho administrativo tal y como existe frente a la «piqueta» del legislador, resulta necesario explotar el nuevo edificio que nuestras leyes están construyendo para la Administración pública, lo que permite a este autor llegar a la conclusión de que la huida de la Admi-

---

(33) LAGUNA DE PAZ, J.C., «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 1191; «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», en RAP, nº 136, enero abril de 1995.

(34) BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho administrativo», en REDA, nº 78, abril-junio de 1993.

(35) Véanse Ar. RTC 76/1983, STC 76/1983, de 5 de agosto y Ar. RTC 150/1991, STC 150/1991, de 4 de julio.

nistración al Derecho privado es, en cierta medida, inútil, ya que aquélla no puede dejar de ser quien es por mucho que se disfrace de sociedad mercantil. En efecto; tanto la Administración como sus sociedades son administradores de caudales ajenos.

Esta circunstancia impide que la sociedades mercantiles en mano pública, por mucho que administren dichos caudales, lo puedan hacer con la libertad de los propietarios. Según este autor, los códigos plantean soluciones apropiadas a este estatuto jurídico especial como, por ejemplo, la regulación de determinados contratos, como el mandato civil o la comisión mercantil, que permitirán actuar a la Administración sobre sus sociedades en términos similares a como lo hacen sobre sus organismos mediante el ejercicio de potestades públicas de control y fiscalización.

Pero además, el Derecho común otorga medios para la protección de los usuarios de las obras y servicios prestados por las sociedades en mano pública, cuales son: el Derecho de consumidores y usuarios, la objetivación de la responsabilidad civil de los fabricantes, la prohibición de cláusulas abusivas o contrarias a la buena fe, la defensa de la libre competencia, la transparencia en las actuaciones...

La situación de imposición de normas de *ius cogens* sobre el principio de autonomía de la voluntad consagrado en nuestro Derecho civil ha llegado a un punto que VILLAR PALASÍ ha comparado al actual Derecho mercantil con el otrora naciente Derecho administrativo en cuanto a las garantías del ciudadano, en tanto que éste último, *parece estar vaciando su ingrediente de garantía ante el postulado de la eficacia* (36).

Así pues, según BORRAJO INIESTA, la llamada huida del Derecho administrativo no equivale a una huida del Derecho, ni tiene por que suponer el incumplimiento por los poderes públicos de los derechos y principios que enuncia nuestra Constitución. Se trata, más bien, de una huida de las grandes leyes administrativas. Al abandonarlas, el legislador confía el Derecho administrativo a su fuente originaria: la jurisprudencia de los Tribunales, que, en los intersticios del Derecho civil, mercantil y laboral, debe crear un Derecho adecuado para las Administraciones públicas *in veste* privada.

Diversos autores han terciado en el debate entre DEL SAZ CORDERO y BORRAJO INIESTA, adoptando la mayoría de ellos una postura intermedia consistente en afirmar —como ya dijimos en el punto anterior— la existencia de unos principios constitucionales que vinculan a todos los poderes públicos, pero negando, a su vez, que constituyan una reserva de Derecho administra-

---

(36) VILLAR PALASÍ, J.L., «Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 176.

tivo. Por otra parte, la mayoría tampoco acepta la idea de BORRAJO INIESTA de que el Derecho privado pueda dar respuesta adecuada y suficiente al problema de la salvaguardia de los principios constitucionales (37).

De todos los planteamientos intermedios, merece la pena destacar, por su lucidez expositiva, el del profesor MARTÍN RETORTILLO BAQUER (38). Según este autor, no cabe duda de que la intencionalidad de los arts. 103 y 106 CE, viene referida al Derecho administrativo; de ello, sin embargo, no se deduce que tal situación sea inalterable. Las garantías institucionales que cabe derivar de la Constitución, y que resultarían inmunes al legislador ordinario, no son tanto el sometimiento a un orden jurídico o jurisdiccional concreto, sino al Derecho y al control de la Administración por los Tribunales.

Así pues, más consistente que entender que la Constitución sanciona de modo expreso una reserva de Derecho administrativo, es considerar que existen una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa, actúe ésta *in veste* de tal Administración, o conforme a procedimientos jurídico-privados. Para el profesor MARTÍN RETORTILLO, este planteamiento pivota, obviamente, sobre la idea de poder público y, en este sentido, la cuestión no es otra que la de delimitar la dimensión y alcance que debe tener el actuar de éstos en régimen de Derecho privado.

A lo largo de la historia del Derecho administrativo, la doctrina ha intentado dar respuesta a este intrincado problema. Como es sabido, fue el jurista suizo FRITZ FLEINER quien, en 1928, acuñara la expresión *huida del Derecho administrativo* tratando de explicar el fenómeno surgido a finales del siglo XIX, cuando los Ayuntamientos en Inglaterra, Alemania y Suiza municipalizaron los servicios públicos y constituyeron sociedades por acciones, siendo ellos los únicos accionistas o conservando la mayoría de los títulos (39).

Una de las primeras teorías que trató de explicar la dicotomía Derecho público-Derecho privado en la actuación de la Administración es la de los *actos de autoridad* y los *actos de gestión* (40). Según esta teoría, los primeros son aquellos en que la Administración actúa con *imperium*, imponiendo

---

(37) Se encuentran en línea con esta postura: LEGUINA VILLA, J., «Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo», *Revista jurídica de Navarra*, nº 19, enero-julio 1995; DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Alternativa, 1999, etc.

(38) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», *RAP*, nº 140, mayo-agosto 1996.

(39) Al igual que ocurrió en España con el antes referido Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924.

(40) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, duodécima edición, 2004, p. 54 ss.

sus decisiones al administrado de modo coercitivo; los *actos de gestión*, sin embargo, son aquellos en los cuales actúa en condiciones de igualdad con el particular, como un sujeto más en el tráfico jurídico. Mientras estos últimos no hay inconveniente en que se sometan al Derecho privado, los primeros deben someterse al Derecho administrativo.

A pesar de que esta teoría procede del siglo XIX, todavía tiene repercusión en algunas de nuestras principales leyes administrativas; prueba de ello es el art. 2.2 antes aludido de la LAP, o el art. 85.3 LRBRL que, en alusión expresa a las sociedades mercantiles locales, afirma que en ningún caso podrán prestarse por éstas los servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad.

Tal vez basándose en esta teoría, TRONCOSO REIGADA considera que, de las actividades tradicionales de la Administración, la actividad de policía debe desarrollarse siempre en régimen de Derecho público (41). Dentro de dicha actividad incluye este autor el orden público, las autorizaciones, la concesión de licencias, el establecimiento de sanciones y, paradójicamente, la recaudación de impuestos, la cual, unos años antes, se había encomendado a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sometida al Derecho privado (42).

De todo lo anterior cabe deducir que, si bien legalmente la teoría de los actos de autoridad y los actos de gestión sigue vigente, en la práctica parece haber sido superada por las circunstancias. Algo similar, aunque con distintos matices, le ha sucedido al criterio del *servicio público*.

Esta segunda teoría, obra doctrinal de la Escuela de Burdeos (DUGUIT, JÉZE y BONNARD), nace de la emergencia del concepto material de *servicio público*, que no necesariamente debe implicar uso de autoridad, pero cuya gestión para estos autores sí debe estar sujeta al Derecho administrativo.

Pero resulta que la prestación de servicios públicos hoy en día se ha hecho tan compleja que nos encontramos servicios públicos prestados por entidades de Derecho público o por entidades privadas; sometidas indistintamente al Derecho público o al Derecho privado en función de sus normas de creación.

Por último, debemos enunciar el criterio de la *prerrogativa*, que nace de la polémica mantenida por MAURICE HAURIUO con la Escuela de Burdeos. Según el insigne jurista francés, lo que provoca la actuación del Derecho adminis-

---

(41) TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, p. 136 ss.

(42) Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, art. 103.

trativo es la actuación dotada de prerrogativa, entendiendo por tal la realizada con medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto del Derecho común.

Apunta GARRIDO FALLA que en el Derecho administrativo existe un juego dialéctico entre la prerrogativa de la Administración, por un lado, y la garantía del particular por otro. Tan es así, que la prerrogativa sin garantías sería utilizada por los gobernantes en beneficio propio, mientras que la ausencia de prerrogativas pondría en serios apuros la prestación de servicios públicos (43).

El criterio de la prerrogativa viene a recuperar de alguna forma el de los actos de autoridad; no obstante, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ advierten de los graves reparos a que da lugar este criterio. Según estos autores, entre las actividades tradicionales que no deben prestarse nunca a través del Derecho privado, se encuentran igualmente las de fomento; es decir: la concesión de subvenciones que, en todo caso, debe ser resultado de un procedimiento reglado que garantice que se beneficien de las mismas aquéllos que ostentan mejor derecho. Apoya esta tesis ZANOBINI, según el cual, las actividades de policía y fomento son funciones públicas soberanas, esenciales e irrenunciables por el Estado (44). Sin embargo, en las actividades de fomento no hay, en principio, ejercicio de autoridad ni prerrogativa alguna, lo cual quizá haya motivado que también el fomento haya sido asumido por empresas públicas.

Ante la falta de regulación legal de la prestación de estas últimas actividades por empresas públicas, y el detrimento de seguridad jurídica que ello supone, con fina ironía, SANTAMARÍA PASTOR sentencia que *el empleo de la fórmula de la sociedad mercantil (...) como instrumento de organización de la Administración clásica (...) de fomento, no ha hecho más que empezar y, pese a las justificadas voces de alarma acerca de sus riesgos, parece ofrecérsele un futuro prometedor.*

Sin duda estoy de acuerdo en que el desarrollo de la actividad de fomento por sociedades mercantiles públicas supone riesgos, al no existir un procedimiento público reglado que garantice la igualdad de todos los aspirantes a la hora de obtener, por ejemplo, una subvención. Tal vez por ello, la nueva Ley de Contratos del Sector Público incluya la novedosa figura de los contra-

---

(43) GARRIDO FALLA, F., «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», RAP, nº 7, enero-abril de 1952.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, duodécima edición, 2004, p. 55; TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, 1997, p. 136.

(45) Art. 2.2, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, publicado en el BOE de 31 de octubre de 2007.

tos subvencionados (45), procedente del Derecho comunitario. Son tales los que sin ser celebrados por entes del sector público, se encuentran subvencionados por más del 50% y, a resultas de ello, se someten a las normas de la contratación pública.

Pero más allá de estos criterios tradicionales, interesa también el conocimiento, aunque sea somero, de la doctrina alemana al respecto del sometimiento de los entes privados de la Administración al Derecho administrativo. Esta doctrina ha dado lugar a la creación de un Derecho propio de estos entes denominado: *Derecho privado administrativo*.

La doctrina del *Derecho privado administrativo* surge en los años cincuenta del siglo pasado de la mano de diversos juristas alemanes, entre los que destacan SIEBERT y WOLFF, como necesidad sentida de preservar ciertas garantías cultivadas en el Derecho público que, en todo caso, han de respetarse cuando, por imperativos de eficacia u oportunidad, la Administración satisface fines públicos mediante el ordenamiento jurídico privado. Así, esta doctrina lo que pretende es distinguir entre la actividad privada de la Administración que se somete por completo al ordenamiento privado, de aquella otra que se sujeta a un *Derecho privado administrativo*, por cuya virtud, algunas normas de Derecho público modifican, completan o sustituyen a las reglas del Derecho privado general (46).

La actividad que se someta al *Derecho privado administrativo* será aquella que sirva para satisfacer *finés de carácter prestacional o de dirección* (actividad de fomento). En estos casos, según EHLERS, serán de aplicación un conjunto de normas de Derecho público referentes a: derechos fundamentales, límites competenciales, normas presupuestarias, criterios de publicidad y concurrencia en la contratación de obras públicas, autorización para actos de disposición del patrimonio, etc.

En definitiva, la doctrina del *Derecho privado administrativo* no deja de ser, en esencia, lo mismo que la *garantía institucional* y la *reserva de Derecho administrativo* que predica DEL SAZ CORDERO, solo que mientras en el caso alemán la jurisprudencia reconoce su aplicación con carácter general debido a la gran tradición de actuación de los poderes públicos en régimen de Derecho privado a través de sociedades mercantiles, la jurisprudencia española, al igual que la doctrina, no acaban de aceptar su aplicación debido principalmente a dos causas ya repetidas: la primera es la prevalencia del concepto subjetivo-formal de Administración pública frente al objetivo-material de

---

(46) BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Introducción a la doctrina alemana del Derecho privado administrativo», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994, p. 230.

poder público; la segunda, el carácter estatutario del Derecho administrativo como Derecho de la Administración pública.

Procede, por tanto, abordar un punto de vista distinto, siquiera para adquirir una visión adecuada del problema al que nos enfrentamos: el control jurisdiccional de las sociedades mercantiles en mano pública. Este punto de vista no puede ser otro que el del legislador, puesto que por muy fragmentarias e incompletas que sean las normas jurídicas relativas a este tipo de entes mercantiles, como apuntaba BORRAJO INIESTA citando al Tribunal Constitucional: la lucha del Derecho contra las inmunidades y la arbitrariedad del poder ha de llevarse a cabo en el contexto que ofrecen las leyes. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la aplicación directa de la Constitución española, reconocida hoy, unánimemente, por la doctrina administrativista.

En el punto segundo he tratado parcialmente la cuestión al abordar las normas de creación de sociedades mercantiles por el Estado, la Comunidad Autónoma de Aragón y, en menor medida, por las Administraciones locales. Decíamos en ese apartado que la creación de las *sociedades mercantiles estatales*, en su acepción actual, se debe a la Disp. Ad., 12ª de la LOFAGE, que remite su regulación al Título VII de la LPAP. En los diecisiete artículos que componen este Título (166 a 185), se establecen lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado normas de funcionamiento *ad intra*, es decir: aquellas que atañen a la relaciones de la sociedad con su ente creador; a saber: las competencias de creación y disolución de estas sociedades, su régimen patrimonial, las normas relativas a la tenencia y enajenación de sus acciones, los requisitos para llevar a cabo modificaciones estatutarias, para aplicar los resultados del ejercicio, el régimen de responsabilidades de sus administradores...

Cabe señalar que todas estas facultades y competencias, una vez ejercidas por sus titulares, producen auténticos actos administrativos que preceden a la normativa mercantil que sería de aplicación a la adopción de dichos acuerdos, y se rigen por lo dispuesto en la LAP, en especial en materia de procedimiento y recursos. En cuanto al funcionamiento *ad extra*, será de aplicación en todo caso el Derecho privado, salvo en aquellas materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación.

Esta dicotomía en el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas queda plasmada con meridiana claridad en una reciente sentencia relativa a una sociedad mercantil propiedad del Ayuntamiento de Granada. Según la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, *las fuentes normativas que deben regir el funcionamiento de este tipo de sociedades evidencian una separación entre el funcionamiento de las mismas ad extra, esencial-*

*mente mercantil, y algunos aspectos del funcionamiento interno, que el legislador aísla y separa de la Ley mercantil, invocando las normas que rigen la Administración local (47).*

En el ámbito autonómico aragonés, como también apunté en el punto segundo, el art. 13 de la LAAr establece que podrán existir *empresas de la comunidad autónoma* que, según aclara el 83, adoptarán exclusivamente la forma de sociedad mercantil (48). Como en el caso estatal, la Ley autonómica reserva un núcleo de Derecho administrativo *ad intra* que, curiosamente, ofrece un mayor margen a la Administración que la Ley estatal al afirmar; en efecto, el art. 85 LAAr estatuye que las empresas de la Comunidad Autónoma se registrarán por el Derecho privado, *sin perjuicio de las reglas específicas que figuran en esta Ley y en la legislación de Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma o las que puedan establecerse en sus normas de creación.*

Este último aserto resulta de extraordinario interés, ya que, unido al hecho de que entre los contenidos del Decreto de creación de la sociedad, regulados en el artículo anterior, están: *la organización y funcionamiento de la Sociedad, o: las funciones que se reserve el Gobierno de Aragón*, podría darse, en función de la voluntad expresada en el mismo por el Ejecutivo, una cierta administrativización del citado régimen jurídico.

Cabe destacar también de esta normativa aragonesa de creación de sociedades mercantiles autonómicas, la mención que hace el art. 87 al régimen de su personal, cuyo *nombramiento (49) (...) irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad (50).*

Este artículo puede calificarse de gran valor, ya que nos sirve para ejemplificar el problema que supone el control jurídico de las sociedades mercantiles públicas. En efecto, el art. 87 deriva sin duda de los principios constitucionales antes aludidos, contenidos en el artículos 23.2 CE (igualdad de acceso

(47) Véase Ar. RJCA 2002/525, STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jerónimo Garvín Ojeda.

(48) Aunque sea una diferencia de matiz, que no de fondo, nótese el diverso tratamiento de las sociedades mercantiles estatales, cuya regulación la LOFAGE remite a la LPAP, como simples «propiedades mobiliarias» del Estado, y de las empresas de la comunidad autónoma de Aragón, a cuya regulación la LAAr dedica un capítulo entero.

(49) La LAAr no puede evitar sus genes públicos, y aunque someta al personal de las empresas de la Comunidad Autónoma al Derecho del trabajo, y no a las normas de la función pública, a continuación habla de «nombramiento», y no de «contratación», lo cual sería lo correcto.

(50) El texto de este precepto se reproduce en idénticos términos en el art. 255 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de la Comunidad Autónoma de Aragón.



a las funciones y cargos públicos) y 103.3 CE (acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad), directamente aplicables al conjunto de las Administraciones públicas.

Pero si a un participante en un proceso de selección a una empresa pública autonómica se le ocurriera impugnar la contratación laboral de otro candidato ante la propia Administración o ante un juez, se encontraría con que éstos, atendiendo al concepto subjetivo de Administraciones públicas, entenderían que una contratación laboral no puede considerarse una función o cargo público. De hecho, la doctrina ha abordado el tema de la contratación laboral por las empresas públicas sin alcanzar conclusiones concluyentes al respecto, más allá de que se rigen por el Derecho laboral. En función de éste, corresponde al empresario libremente seleccionar al trabajador que desee (51) (recuérdese la cita del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA con la que abriamos este punto).

En Alemania, tal vez resultase de aplicación la doctrina del *Derecho privado administrativo* —antes explicada— y el juez pudiera aplicarla, revocando la contratación efectuada directamente, sin proceso selectivo. En España, sin embargo, esta opción no sería posible, por más que desde un punto de vista teleológico-material, en materia de contratación de personal, una empresa pública participe, en esencia, del concepto de poder público.

La positivación del principio constitucional mediante la LAAR, operada por el citado art. 87, supone que exista una Ley que obligue a las empresas de la Comunidad Autónoma a convocar un proceso de selección; Ley que, en todo caso, deberá ser aplicada por los Jueces y Tribunales.

Junto a las sociedades mercantiles estatales y las empresas de la Comunidad Autónoma, las Leyes estatales (LRBRL, arts. 85-86) y autonómicas aragonesas (LALA, Capítulos II y IV del Título VII), regulan la creación de sociedades mercantiles por los entes locales dentro de las opciones de gestión directa o indirecta de los servicios públicos o, simplemente, para la realización de actividades económicas en el marco de las competencias locales.

Más allá de las normas relativas a su creación y a las relaciones con sus entes matrices, la regulación que hace el ordenamiento jurídico administrativo de las sociedades mercantiles en mano pública es más bien exigua, y referida únicamente a aspectos muy concretos de su actividad; concretamente: la gestión de servicios públicos; el control presupuestario, contable, patrimonial y financiero y, por último (pero en primer lugar por orden de importancia): la contratación pública.

---

(51) GONZÁLEZ BIEDMA, E. «Notas sobre las relaciones de trabajo en las empresas públicas», en *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, 1994.

Respecto al primer aspecto, la regulación es más bien escasa y referida a cada servicio en particular; en efecto, cuando una empresa pública presta un servicio público *uti universi* a un conjunto de ciudadanos, la Administración puede fijar a aquélla unas condiciones del rango normativo que proceda para regular y garantizar su prestación.

En relación con el control económico de las sociedades mercantiles públicas, este se contempla, con carácter general, en las aludidas LGP y LPAP para el ámbito estatal; en la LAAR, la LPAR y la LHAR para el ámbito autonómico aragonés y, por último, en la LALA y en la LHL para las sociedades mercantiles locales. Por último, todas las sociedades mercantiles del sector público estatal, autonómico y local, están sometidas a la fiscalización del Tribunal de Cuentas (LOTG).

Nótese que, en todo caso, las normas aludidas hasta ahora se refieren, casi con carácter general, al Derecho *ad intra* de estas sociedades; a saber: las normas de Derecho administrativo que regulan las relaciones con sus entes matrices. Sin embargo, el tráfico jurídico *ad extra*, se regirá por lo dispuesto en el Derecho civil, laboral o mercantil, en el que las sociedades mercantiles públicas actuarán en pie de «igualdad» con los ciudadanos en cualquier conflicto que pueda derivarse de su actividad (salvo en los casos de prestación de servicios públicas, antes aludidos).

Tal vez el único ámbito en el cual esto no sea totalmente así sea en materia de contratación pública; es en este aspecto donde, ante la «prerrogativa» de las empresas públicas de contratar utilizando dinero público, la Ley otorga a los ciudadanos la «garantía» de poder exigir que se respeten los principios de publicidad y concurrencia. El contenido jurídico de esta garantía ha oscilado a lo largo de los últimos años, debido, fundamentalmente, a las sentencias condenatorias al reino de España por no incorporar el contenido de las Directivas europeas.

La primera de estas sentencias del TJUE se dicta el 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00. En ella, el órgano jurisdiccional dictamina que *en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos (52) no incorpora correctamente el concepto de «poder adjudicador» que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.*

En efecto; aunque la jurisprudencia TJUE comienza a interpretar el concepto de poder adjudicador tras la adopción de las Directivas 92/50 y 93/36, 37 y 38, será el 15 de mayo de 2003 cuando se produzca la primera sen-

---

(52) El RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE nº 148, de 21 de junio.

tencia condenatoria al Reino de España por incumplimiento de la dispuesto en ellas. Esta sentencia, junto con la de 16 de octubre del mismo año sobre la sociedad estatal SIEPSA, que reitera los argumentos de la anterior, motivaría la modificación del artículo 2 y la Disposición Adicional 6ª de la LCAP a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social. Hasta esa fecha, la normativa de aplicación a los entes privados controlados por la Administración la marcaban los referidos artículos 2 y Disposición Adicional 6ª, conjuntamente con el artículo 1.3 de la LCAP, que marcaba los límites de lo que podía denominarse *entidad de Derecho público* de conformidad con lo establecido en el art. 2.2 de la LAP y los art. 41 y ss. de la LOFAGE.

Pero la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no soluciona el problema denunciado por el Tribunal de Luxemburgo, ya que continúa aplicando un criterio formal a la hora de definir «organismo público», como se desprende de la literalidad del art. 2.1 modificado: *Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado (...)*. La mera mención por separado de las mismas y por oposición al artículo 1.3 indica que el legislador las está considerando sustancialmente distintas, de conformidad con la ya citada LOFAGE y la LAP y el art. 6 de la LGP 88.

Este incumplimiento da lugar a una nueva sentencia condenatoria por incorrecta transposición del artículo 1 de las Directivas que se produce el 13 de enero de 2005, lo cual se intenta paliar con una segunda modificación del artículo 2.1 y la Disposición Adicional 6ª, mediante Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, cuya novedad consiste, básicamente, en que la mención genérica a *las sociedades de derecho privado* es sustituida por: *las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas (...) y las fundaciones del sector público.*

Como conclusión al citado Decreto Ley, podemos afirmar que el legislador español, si bien amplía el ámbito subjetivo de aplicación —incluye a las fundaciones y a las sociedades de la Ley 33/2003—, lo hace únicamente por encima de los límites cuantitativos establecidos por el artículo 7 de la Directiva 2004/18 (53), quedando al margen del contenido de la Ley todos

---

(53) (...) *los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.* Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública (los límites cuantitativos han sido objeto de revisión por parte de diversas normas posteriores).

aquellos contratos que se encuentren por debajo de dichos umbrales, los cuales estarán sometidos sólo a los principios generales de publicidad y concurrencia que establece la Disposición Adicional 6ª.

Después de las descripciones anteriores, con las que únicamente he querido trazar un esquema de la situación, sólo falta concluir que el problema del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17 no quedaba zanjado en el Ordenamiento jurídico del Estado español, dado que las dos modificaciones operadas por la Ley 62/2003 y por el Decreto-Ley 5/2005 no satisfacían por completo al legislador comunitario, cuya posición no había variado desde la adopción de las primeras Directivas de los años noventa.

Pero más allá de la imperiosa necesidad de armonizar nuestra legislación con la comunitaria, debida, lógicamente, a la superioridad del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, debemos de reinterpretar el sentido de las reformas citadas en clave de la investigación. En este sentido, no hace falta discurrir mucho para advertir que su aplicación supone un hito en nuestra jurisprudencia.

En efecto; en virtud de estas Directivas y de su interpretación por el TJUE, nuestros jueces comenzaron a aplicar un concepto amplio de Administración pública, superando las barreras jurídico-formales que plantea el art. 1 LJ. Al considerar que el dato esencial para que se apliquen las reglas de la contratación pública no es la personalidad jurídico-pública del ente, sino que éste satisfaga necesidades de interés general y esté controlado por la Administración, se hace depender esa aplicación íntegramente de su carácter de *poder adjudicador* que, en esencia, contribuye a crear por primera vez en nuestro Derecho un verdadero concepto material de Administración, un noción más próxima a la aludida en el punto anterior de poder público.

Corroborar lo anterior el hecho de que en ocasiones los Jueces y Tribunales renunciaran al concepto jurídico-formal de Administración a los efectos de la aplicación íntegra de la ya derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a una sociedad mercantil, al considerar a ésta parte integrantes de aquéllas en base a su caracterización como *Poder adjudicador*.

Tal es el caso de la sentencia de 6 de junio de 2006 en la que el TS casa una sentencia del TSJ de Andalucía declarando nulo el acuerdo del consejo de administración de una empresa municipal relativo a la adjudicación de un contrato de obras. La sociedad mercantil había observado los principios de publicidad y concurrencia que marca la Disp. Ad. 6ª de la LCAP, pero no se había ajustado estrictamente al procedimiento de contratación que marcan los artículos 78 y 135 de la Ley.

Nótese que el TS no sólo trató a la sociedad mercantil como una Administración pública en sentido estricto, sino que consideró un acuerdo de su consejo de administración como una suerte de acto administrativo impropio anulable en sede administrativa (54).

A pesar de ello, el legislador español, al abordar la necesidad de una nueva Ley de la contratación pública al objeto de incorporar el concepto de poder adjudicador, ha preferido no entenderlo así, intentando combinar el cumplimiento de las Directivas con la tradición jurídica española.

En efecto; si uno lee la nueva Ley de Contratos del Sector Público (55), no tarda mucho tiempo en advertir esta circunstancia. Así, en vez de tratar de construir un concepto amplio y material de Administración pública, basado en la satisfacción de necesidades públicas, lo que hace nuestro legislador es utilizar tres conceptos preexistentes a modo de «capas de una cebolla», a las cuales les será de aplicación una parte u otra de la Ley. En la capa interior de la cebolla se encuentran las Administraciones públicas del art. 1 LJ; las Administraciones en sentido formal, que constituyen el núcleo duro de aplicación de la Ley, su mayor nivel de exigencia. Por encima de dicha capa se incorpora al ámbito de aplicación el concepto comunitario de *poder Adjudicador* (art. 3.3), cuya condición la compartirán la predefinida Administración y todos los demás entes de cualquier clase con personalidad jurídica propia, creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil siempre que otros poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de sus directivos o administradores. Para definir la última capa de la cebolla se cita al Sector Público, que aglutina a la Administración territoriales del art. 1 LJ, y a un conjunto de entidades de Derecho público o privado vinculadas a ellas: sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios, etc. (cabe destacar, como novedad, la inclusión de las asociaciones constituidas por entes del Sector Público y las Mutuas de Accidentes de Trabajo de la Seguridad Social).

Este ámbito subjetivo determina tres regímenes de contratación distintos, que aparecen diferenciados a lo largo del capitulo de la Ley, creando una norma totalmente nueva en la que parece que cada aplicador potencial, en función del tipo de entidad en la que desempeñe su prestación laboral o funcional, tendrá que emplear un fluorescente para subrayar los artículos que le apliquen.

---

(54) Véase la reciente Ar. 2006/3434, STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª) de 6 de junio de 2006. Ponente: Excmo. Sr.D. Antonio Martí García.

(55) Publicado en el BOCG de 8 de junio de 2007.

A pesar de la confusión inicial que produce este ámbito subjetivo, considero que la Ley da un paso adelante para poner coto a la grave inseguridad jurídica reinante en la materia a la hora de conocer la normativa aplicable a las sociedades mercantiles públicas (56), si bien, la novedad de la misma puede causar ciertos problemas aplicativos iniciales derivados de su complejidad técnica, su carácter fragmentario y sus innumerables remisiones.

Así pues, de todo el contenido de este punto tercero, podemos concluir que la doctrina mayoritaria considera que existen un conjunto de principios básicos del Derecho público administrativo contenidos en nuestra Constitución. Dichos principios, si bien no configuran una *reserva de Derecho administrativo* ni de *Administración pública*, sí son de obligado cumplimiento para todos los poderes públicos, incluidos todos aquellos cuya forma jurídica sea la de sociedad mercantil o cualquiera otra sometida al Derecho privado, siempre que se dé en dichos entes un control efectivo de cualquier clase por parte de dichos poderes públicos o estén mayoritariamente financiados por éstos.

El legislador no ha desarrollado adecuadamente tales principios constitucionales en forma de normas positivas, limitándose a legislar acerca de las normas de creación de sociedades mercantiles por las distintas administraciones y sus relaciones con el ente administrativo creador, sometiendo toda su acción exterior al Derecho privado: civil, mercantil y laboral. El problema surge a la hora de cohonestar la aplicación de éstos y los principios constitucionales que deben regir la actuación de la Administración matriz, que en ningún caso deja de serlo por actuar en Derecho privado.

A pesar de ello, en los últimos años, y debido a la necesidad de armonizar el Derecho español con el Comunitario, nuestra jurisprudencia ha comenzado a aplicar un concepto material de poder público administrativo comprensivo de las sociedades mercantiles de la Administración, obviando, en aras de los principios de publicidad y libre concurrencia, el carácter privado de las sociedades mercantiles e, incluso, su imposibilidad de producir actos administrativos; circunstancia ésta que ha cristalizado en la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pero más allá de este importante hito en materia de contratación pública, llegados a este punto, resulta necesario afrontar la última parte de la investi-

---

(56) Esta circunstancia la puse de manifiesto en una investigación anterior: LLADOSA REDONDO, R., *La asunción del concepto de «poder adjudicador» de la contratación pública europea por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza: trabajo de doctorado del programa de Derecho administrativo.

gación, aquella que da título al trabajo: el control jurisdiccional de las sociedades mercantiles públicas.

En efecto; partiendo de la base de que el Derecho son formas, pero que éstas no constituyen un valor en si mismas, sino que están al servicio de los valores consustanciales del Estado de Derecho (57), trataremos de analizar las posibilidades de nuestra jurisdicción contencioso administrativa, o de otros órdenes, de enjuiciar actuaciones de sociedades mercantiles públicas infractoras de los principios constitucionales (y también legales), que deben regir, en todo caso, el actuar de las Administraciones públicas, aun en régimen de Derecho privado.

#### **IV. SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS Y JURISDICCIÓN: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA**

Sobre la idea de la justiciabilidad de las sociedades mercantiles en mano pública proyecta la doctrina científica sus posturas en relación a cómo deba resolverse la dicotomía Derecho público-Derecho privado que afecta a estos entes, configurando su régimen jurídico como un «híbrido» a medio camino entre ambos: *ad intra*, Derecho público; *ad extra*, privado.

Sin embargo, no es la distinción Derecho administrativo versus Derecho civil, mercantil o laboral la primera que se nos plantea, sino la propia condición del orden contencioso administrativo, ya apuntada, como justicia de la Administración. El art. 1 LJ parece claro al señalar que dicho orden conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con las actuaciones de las Administraciones públicas. Hemos concluido en el punto primero que, según la doctrina y la jurisprudencia españolas, éstas no incluyen en ningún caso a entidades jurídico privadas. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha llegado a afirmar que *el criterio delimitador utilizado por la LJ es exclusivamente de orden subjetivo formal. Sin la presencia de una Administración pública no puede haber proceso contencioso administrativo* (58).

Otros autores, como por ejemplo SANTAMARÍA PASTOR, matizan esta afirmación advirtiendo que, si bien el criterio básico delimitador de la jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente subjetivo, *razones de política legislativa han aconsejado introducir también criterios de delimitación de*

---

(57) MALARET I GARCÍA, E., «El Derecho de la administración pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales», en: *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997, ed. Marcial Pons e Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, p. 22.

(58) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Thomson Civitas, Novena edición, 2005, p. 599.

*carácter objetivo o funcional, que complican sensiblemente la descripción de este ámbito de competencia (59).*

También afirma este autor que, *por no ser de Derecho público, no tienen la condición de Administraciones a efectos jurisdiccionales las sociedades mercantiles de propiedad pública.*

Sin embargo, la realidad parece superar a estos dos grandes juristas, ya que hoy en día es común encontrar sentencias en las cuales sociedades mercantiles públicas figuran como partes demandadas ante demandantes particulares. Esto ha sido especialmente común en los últimos años, con carácter previo a la entrada en vigor de la LCSP, en materia de contratación pública (60). Pero no sólo en esta materia, sino también, por ejemplo, en materia de prestación de servicios públicos a través de sociedad instrumental (61).

Así, por ejemplo, el TSJ de Aragón admite la interposición de un recurso contencioso contra la resolución (62) del consejero delegado de una sociedad estatal por la que se adjudica un contrato. Dicha sociedad figura como única demandada, sin el concurso en este caso de la Administración General del Estado. No obstante, esto último no solía ser lo habitual. Normalmente, las sociedades mercantiles públicas suelen figurar como codemandadas junto a sus Administraciones matrices, sean éstas locales, autonómicas o estatales.

Conocidas estas dificultades, procede abordar, desde las distintas posturas doctrinales, las soluciones que se plantean desde el punto de vista jurisdiccional.

Así, DEL SAZ CORDERO (63), en coherencia con su teoría de la *garantía institucional* y la *reserva de Derecho administrativo*, considera que es la jurisdicción contencioso administrativa debe conocer en todo caso de las cuestio-

---

(59) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo*, vol 2 ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 4ª edición, 2002, p. 636 ss.

(60) Véanse: Ar. JUR 2003/274018, STSJ de Aragón de 9 de abril de 2003; Ar. RJ 2005/93702, STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2005; Ar. RJ 2006/441, STSJ del País Vasco de 31 de marzo de 2006, etc.

(61) Véase Ar. RJ 2002/525, STSJ de Andalucía, 25 de febrero de 2002.

(62) Según el diccionario de la RAE, vigésimo segunda edición, año 2001, acepción 5ª, una resolución es un decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial. Nótese que en este caso se está tratando como tal la decisión adoptada por el consejero delegado de una sociedad mercantil.

(63) DEL SAZ CORDERO, S., «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres estudios*, Madrid, Civitas / UNED, 1992. «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en RAP, n. 133, enero-abril 1994.



nes relativas a las sociedades mercantiles, puesto que sólo esta jurisdicción es apta para apreciar la existencia de dicha reserva de Derecho administrativo y aplicar los principios constitucionales ex arts. 106 y 153 CE.

Recurre esta autora al procedimiento llamado de amparo judicial establecido en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es la vía para defender la vigencia de los principios constitucionales cuando la Administración actúe en régimen de Derecho privado a través de un procedimiento preferente y sumario (64).

Este procedimiento ha sido utilizado por nuestra jurisprudencia en alguna ocasión, en relación con actuaciones de sociedades mercantiles; así, por ejemplo, la STS de 9 de junio de 1988 estima en parte el recurso presentado en base a la Ley 62/1978 en relación con la municipalización de los servicios mortuorios por un Ayuntamiento, que se prestarán a partir de ese momento por una sociedad mixta, habiéndose excluido a determinados licitadores que ven vulnerado el principio de igualdad.

Esta solución, sin embargo, sólo aplica cuando existe una vulneración de derechos fundamentales; circunstancia que, obviamente, no se da en todos los casos.

Contrariamente a DEL SAZ CORDERO, MARTÍN RETORTILLO BAQUER (65) considera —como ya introdujimos— que no existe en nuestra Constitución una reserva de Derecho administrativo y de jurisdicción contencioso administrativa; no cabe, pues, la solución global y fácil de atribuir a tal orden jurisdiccional todas las pretensiones que se deduzcan de las actuaciones de las sociedades mercantiles públicas. La solución para este autor consiste en *asumir una perspectiva material del ejercicio de todas las funciones administrativas*, con independencia de que su desempeño lo lleve a cabo una sociedad mercantil, considerando que *son siempre actuaciones de un poder público*. Desde esta óptica, existen una serie de formulas que permitirán al juez de lo contencioso administrativo intervenir. En este sentido, defiende MARTÍN RETORTILLO la técnica de los *actos separables*; doctrina que apoyan igualmente GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (66) y que cuenta con una gran tradición en nuestra jurisprudencia.

---

(64) Este procedimiento también lo trata TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y constitución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 417.

(65) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo», en RAP, nº 140, mayo agosto 1996, p. 52-53.

(66) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Duodécima edición, 2005, p. 411.

La técnica de los actos separables la expone brillantemente GARCÍA TREVIJANO FOS razonando que, así como en el ámbito del Derecho privado la formación de la voluntad de los sujetos ofrece un margen de libertad en el ejercicio de los derechos; en el ámbito de la Administración dicha formación de la voluntad está regulada minuciosamente, de suerte que toda decisión o acuerdo obedece a *un conjunto de actuaciones preliminares que debidamente desintegradas, quedan sometidas al Derecho (...)* La aplicación de la técnica de la desintegración a la actuación administrativa (...) permite la admisión en nuestro Derecho de los actos que hemos llamado separables (67).

Así considerados, estos actos administrativos separables pueden impugnarse individualizadamente, lo cual permite someter a la jurisdicción contencioso administrativa el acto de adjudicación de un contrato, o la capacidad de un contratante, por ejemplo, con independencia de que dicho contrato haya sido ya suscrito y producido efectos jurídicos. En esta línea, subraya CARRETERO PÉREZ (68) que la actuación de la Administración debe *ser legal en todos sus elementos, puesto que los actos administrativos pueden descomponerse en ellos y cada elemento ha de ser igualmente legal.*

En esta doctrina temprana, la virtualidad de los actos separables se pone de manifiesto en la práctica de los contratos privados de la Administración, en los cuales su preparación y adjudicación se regía por el Derecho administrativo y su ejecución por el Derecho civil o mercantil; se planteaba, por tanto, una dualidad de regímenes jurídicos que afectaban a un mismo expediente administrativo y que había que superar de algún modo en los casos dudosos.

No obstante, la aplicación de los actos separables no estuvo exenta de polémicas doctrinales y jurisprudenciales. Así, CARRETERO PÉREZ llega a postular que los defensores de la aplicación de los actos separables adoptan una postura «antiformalista» en la aplicación del Derecho administrativo; como tal podría definirse la postulada por GARCÍA TREVIJANO FOS. Frente a los autores que defienden la separabilidad procesal de los actos administrativos, se significan los partidarios de la teoría de los bloques de competencia, según los cuales *en una relación de Derecho privado de la Administración, a la jurisdicción ordinaria le correspondería conocer no sólo del fondo sustantivo de ella, sino de las formalidades administrativas que sean antecedentes de su validez (...)* Por consiguiente, no habría actos separables y la competencia de la jurisdicción ordinaria se extendería también a esta clase de actos, aunque estuviesen regulados por el Derecho administrativo (69).

---

(67) GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., «Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del hotel Andalucía Palace de Sevilla», RAP, nº 36, 1961.

(68) CARRETERO PÉREZ, A., «La teoría de los actos separables», RAP, nº 61, 1970.

(69) *Ibidem.*

A pesar de todo este debate, es un hecho, a la vista de nuestra jurisprudencia en materia de contratación pública, que la tesis de la separabilidad procesal triunfó sobre la de los bloques de competencia y hoy en día su aplicación es generalizada.

Hasta tal punto es así, que en el ámbito de la contratación pública la técnica de los actos separables parece haber sido asumida por el legislador con la aprobación de la LCSP. Ha dejado ésta de ser un criterio interpretativo del poder judicial para convertirse en una norma de carácter objetivo a la hora de determinar qué fases de un contrato celebrado por una sociedad mercantil de la Administración quedan sometidas a la Ley (preparación y adjudicación) y cuales al Derecho privada (efectos, cumplimiento y extinción). En realidad, esto ya era así con la derogada LCAP, tras la introducción de modificaciones en el art. 2.1, pero la nueva Ley ha profundizado en esta noción introduciendo novedades de gran calado en los contratos sujetos a regulación armonizada, como por ejemplo la aplicación del procedimiento administrativo a la declaración de invalidez de los mismos según lo dispuesto en la LAP o la creación de recursos administrativos especiales en materia de contratación.

Estos últimos, de naturaleza pública y administrativa, podrán dirigirse contra las decisiones de adjudicación adoptadas por órganos mercantiles, tales como el consejo de administración de una sociedad anónima. No obstante, según lo dispuesto en el art. 37.4 LCSP la potestad para resolver dichos recursos corresponderá *al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela.*

Sin embargo, esta cautela de que la resolución del recurso contra la adjudicación sea administrativa, parece obviarse en el art. 21.1 LCSP, según el cual la jurisdicción contencioso-administrativa será competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a preparación y adjudicación de contratos armonizados; entre ellos, lógicamente, se encuentran los de las sociedades mercantiles públicas.

Pero dejando de lado las importantes novedades de la LCSP en materia jurisdiccional, que deberá interpretar la jurisprudencia, a día de hoy, el problema de la técnica de los actos separables en los contratos celebrados por las sociedades mercantiles públicas, tal y como aprecia MARTÍN-RETORTILLO BAQUER es que ésta resulta insuficiente: *obliga a la búsqueda, caza y captura del acto separable que, con frecuencia, está más o menos perdido; o, incluso, resulta inencontrable. ¿Cómo formalizarlo en las actuaciones que lleva a cabo una sociedad mercantil? (...) ¿Impugnando la resolución administrativa de constitución de la sociedad? (70).*

---

(70) *Martín-Retortillo Baquer, S.*, «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo», en RAP, nº 140, mayo agosto 1996, p. 54 ss.

Considero muy acertada esta crítica del profesor MARTÍN RETORTILLO; en efecto, con frecuencia, la decisión de adjudicar un contrato en una sociedad mercantil pública la adopta su consejo de administración, constituido en órgano de contratación. Como órgano de naturaleza privada que es, sus acuerdos no constituyen actos administrativos separables.

En ocasiones, esta circunstancia ha resultado un problema en sede jurisdiccional, resultando que el juez no ha aplicado los actos separables debido a la naturaleza privada de los mismos. Así, el TS, en sentencia del 4 de diciembre de 1995, considera que a la instancia de la Presidenta de una sociedad anónima estatal dirigida a un empresario, conminándole a integrarse en el capital de la misma para la prestación de un servicio público, *le falta el presupuesto inicial de que quien lo realiza sea una Administración pública y (...) no iba a producir tampoco un acto de voluntad de la Administración (...), ni se prevé una sanción jurídica, que es presupuesto de la existencia del acto administrativo, junto a la utilización de potestades públicas, que tampoco se da (71).*

Casualmente, este conflicto, que se repitió en los mismos términos con otros empresarios afectados (72), fue objeto de análisis por el profesor MARTÍN RETORTILLO, que defendió claramente un concepto material de Administración pública, al considerar que *sin perjuicio de ser la futura Presidenta de la sociedad mercantil en constitución, es ya Presidente de la Junta del Puerto y de la ría de Vigo (ente público) y que, por serlo, lo será también de la sociedad mercantil. Además, su instancia va dirigida precisamente a quienes ya están vinculados con la Administración por una relación jurídico-pública: acto prenegocial (...) perfectamente separable y enjuiciable por la jurisdicción contencioso administrativa.*

¿Es que no son poderes públicos y como tales actúan en muchas ocasiones?, se pregunta MARTÍN RETORTILLO. El problema reside —insiste el autor— en la insuficiencia de asumir de modo exclusivo una concepción puramente legal de las personas jurídicas. Frente a ello, propone una aplicación mayor de la doctrina mercantilista del *levantamiento del velo*, lo cual, *de lege ferenda*, podría conseguirse a través de la inclusión de una cláusula general en la LJ que permitiera a la jurisdicción contencioso administrativa enjuiciar los actos de las sociedades mercantiles de la Administración cuando éstas vulneren principios constitucionales o del Derecho público de obligado cumplimiento para sus entes matrices.

---

(71) Véase Ar. RJ 1995/9046, STS de 4 de diciembre de 1995 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª). Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cáncer Lalanne.

(72) Véase Ar. RJ 2001/7661, STS de 21 de julio de 2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely.

Considero que no le falta razón a MARTÍN RETORTILLO en relación a la utilidad de la doctrina del levantamiento del velo (a la que ya nos hemos referido en el punto segundo al abordar la definición de poder público por el TC, en su sentencia de 11 de mayo de 1983). No en vano, aunque desde el punto de vista del Derecho administrativo resulte «herético» reconocerlo, las Administraciones públicas españolas están creando auténticos grupo de empresas mercantiles (73).

Sin embargo, la doctrina del levantamiento del velo no ha tenido, en el orden contencioso administrativo, una aceptación tan amplia como la de los actos separables; no se ha sacado de ella, tal vez, el jugo que debiera, debido al formalismo del Derecho administrativo. A pesar de ello, pueden encontrarse ejemplos de su aplicación incluso en el Tribunal Supremo; así, en sentencia de 27 de mayo de 1992 (74) relativa a el desahucio de un inquilino por una sociedad municipal de viviendas, el alto Tribunal rechaza la falta de legitimación pasiva de la sociedad municipal por considerar que *no podemos atender al juego de personificaciones que se produce en el seno de la Administración demandada cuando las mismas se esgrimen como estrategia procesal de defensa, pues con ello permitiríamos bajar un velo que dificultaría al administrado, en forma desproporcionada, el acceso al control jurisdiccional de la actuación administrativa, que es principio clave del Estado social y democrático de Derecho.*

Como vemos, esta sentencia contiene también un concepto material de Administración pública. Personalmente, considero que la doctrina del levantamiento del velo debería aplicarse más por nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Contrariamente a lo que pueda parecer, los resultados de dicha aplicación no quiebran la necesaria presencia de las Administraciones públicas en el procedimiento contencioso administrativo, puesto que «levantar el velo» consiste precisamente en imputar a la Administración matriz de la sociedad los actos de ésta. Desde este punto de vista, la legitimación pasiva corresponde primeramente a la Administración —que indudablemente la tiene— y no a la sociedad mercantil —la cual ofrece dudas—.

Continuando con el razonamiento, e hilvanándolo con las palabras del profesor MARTÍN RETORTILLO, si la Presidenta de una sociedad estatal adopta un acuerdo de naturaleza mercantil, y lo adopta precisamente por ser Presidenta de la Junta del Puerto, o Directora General, o Ministra, lo que le confiere unas determinadas facultades de origen público destinadas a la prestación de una actividad pública de interés social, ¿qué impide que cuando estén en juego

---

(73) Recuérdense, en este sentido, las conclusiones del Informe de fiscalización del Sector Público Autonómico y Local, ejercicio 2002 del Tribunal de Cuentas antes aludido.

(74) Véase Ar. RJ 1992/4447, STS de 27 de mayo de 1992 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª). Ponente: Excmo. Sr. D. José Rodríguez Zapata Pérez.

las garantías de un administrado quepa entender que ha sido la Administración la que ha actuado?

Insisto, considero que la jurisdicción contencioso administrativa debería explotar más esta vía. Como apunta SANTAMARÍA PASTOR, la LJ, en el apartado II de su exposición de motivos (ámbito y extensión), deja claro que:

*No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley.*

Con ello, quiere la Ley crear un ámbito de aplicación extenso, comprensivo de actos administrativos pero también de actuaciones de cualquier tipo achacables a ella desde un punto de vista de justicia material. No en vano, el art. 1 LJ cambia la palabra «actos» de la LJ 56 por «actuaciones».

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por nuestros jueces y Tribunales contribuiría, sin duda, a «crear Derecho»; no en vano, apunta ORTEGA MARTÍN (75), no podemos olvidarnos de que el Derecho administrativo es, en gran medida, un producto de creación jurisprudencial. De manera especial, como casi nadie ignora, de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Según este autor, la jurisprudencia puede ser un medio de «embridar» hacia el Derecho administrativo o a los principios constitucionales del Derecho público esa actitud de huida —más bien franca desbandada— hacia ámbitos privados del ordenamiento jurídico.

El hecho de que sea la jurisdicción contencioso administrativa quien se encargue de crear este acervo jurisprudencial no es contemplado por la doctrina como una cuestión de carácter necesario; si bien, tanto MARTÍN RETORTILLO como ORTEGA MARTÍN reconocen que existen razones que así lo aconsejan. El primero afirma que la división de asuntos entre órdenes jurisdiccionales es, simplemente, fruto de una tradición histórica; el segundo aduce que aquella jurisdicción está más habituada a lidiar con este tipo de asuntos de naturaleza pública que la jurisdicción civil.

En cualquier caso, por mucho que la materia enjuiciable se amplíe de los «actos administrativos» a las «actuaciones» ex art. 1 LJ, esta Ley, tal como hemos indicado, mantiene fuera de su ámbito de aplicación a las sociedades

---

(75) ORTEGA MARTÍN, E., «El control judicial de la actividad de la Administración pública», en *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, obra coeditada por el Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya.

mercantiles en mano pública por no considerarlas Administración pública. Sin embargo, la *vis atractiva* del orden contencioso administrativo hacia toda clase de asuntos públicos relacionados con aquélla, se ha puesto de manifiesto —como ya apuntábamos en palabras de SANTAMARÍA PASTOR— en la extensión de su jurisdicción a determinadas materias, como la contratación pública o a la actividad de los concesionarios.

Resulta interesante, en este sentido, hacer un seguimiento de lo que fue la tramitación de la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, en las diferentes versiones que fueron objeto de publicación en el BOCG para comprobar hasta que punto abortó el Legislador la inclusión de la actividad de las sociedades mercantiles públicas en el ámbito de la Ley.

Comencemos citando el Proyecto de Ley que se publica en el BOCG de 30 de septiembre de 1995 (76), su artículo 2 decía así:

*El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:*

(...)

*b) La observancia de los principios que rigen la contratación del sector público, singularmente los de publicidad y concurrencia y demás prescripciones legales sobre adjudicación que sean aplicables, en los contratos de obra o de suministros vinculados directamente a un uso o servicio público que celebren (...) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas (...) Esta regla es también aplicable a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios y trabajos específicos y no habituales relacionados con los de las obras. En todos estos casos, el recurso contencioso administrativo se dirigirá contra los acuerdos de adjudicación o, en su defecto, contra la celebración del contrato sin necesidad de recurso administrativo previo alguno, salvo que la Ley establezca lo contrario.*

Advierte ORTEGA MARTÍN el hito que supone la ampliación indirecta, no ya sólo del ámbito material, sino también del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, a las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente, si bien, advierte este autor algunos defectos técnicos como, por ejemplo, la no inclusión de estos entes privados entre los legitimados pasivamente por el art. 20 del Proyecto.

A este defecto cabría añadir que, si con este texto se pretendía ampliar la jurisdicción, la mención de que los contratos deben estar *vinculados a un servicio o uso público*, puede efectuar un recorte de dicha ampliación por la

---

(76) BOCG de 30 de septiembre de 1995 – Serie A. Num.133-1.

vía interpretativa, si el concepto de servicio público se entiende en sentido estricto como aquellos de titularidad pública (77).

Pero, en cualquier caso, el art. 2.b) del Proyecto de Ley del 30 de septiembre del 95, desapareció en la versión que del mismo se publicó el 18 de junio de 1997, cuyo artículo 2.b) sólo ordena a la jurisdicción contencioso administrativa a conocer: *los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas*; redacción que pasó finalmente a la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Curiosamente, en una sentencia muy razonada del TSJ de Canarias, se hace alusión a esta desaparición, dando a entender que, la no incorporación del art. 2.b) según su redacción primigenia justifica la improrrogabilidad de la jurisdicción del art. 5 de la Ley para las adjudicaciones de este tipo de sociedades mercantiles (78).

Otro apartado del citado artículo 2 relacionado con nuestra investigación que luego fue mutilado es el que se incluía en el Proyecto de Ley publicado el 18 de junio de 1997 (79) bajo la letra d):

(...)

d) *Los actos administrativos de supervisión de los dictados por los concesionarios de servicios públicos y entidades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.*

Señala ORTEGA MARTÍN que, a pesar de lo dudoso de la redacción, la alusión a *las entidades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos* parece hacer referencia indistintamente a entes de naturaleza pública o privada, siempre que ejerzan dichas potestades sobre los concesionarios de forma delegada por la Administración. Si así fuera, según este autor, el artículo iría a favor de la doctrina mayoritaria, que defiende la aplicación del Derecho administrativo cuando un ente privado ejercita prerrogativas exorbitantes (80).

Entre los entes de base privada, podrían encontrarse las sociedades mercantiles de la Administración; sin embargo, como decía, esta frase desa-

(77) BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo, parte especial*, cuarta edición, 1999, p. 62 ss.

(78) Véase Ar. JUR 2006/198462, STSJ de las Islas Canarias de 31 de mayo de 2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Helmuth Moya Meyer.

(79) BOCG de 18 de junio de 1997 – Serie A. Num.70-1.

(80) Recuérdese el criterio de la prerrogativa, explicado por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ y GARRIDO FALLA según se apunta en notas anteriores.



pareció igualmente de la LJ. El artículo que sí se mantuvo y que constituye una posibilidad, aunque limitada, de que la jurisdicción contencioso administrativa conozca de las actuaciones de determinadas sociedades mercantiles es el que figuraba en este último proyecto en el art. 8.5.e) y pasó a la LJ del 98 bajo el número 9.c). Señala este último precepto, a la hora de abordar las competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, que éstas incluirán los actos emanados de (...) *entidades pertenecientes al sector público estatal*.

Se deba este artículo o no a una mala técnica legislativa —por su aparente contradicción con el ámbito subjetivo marcado en el art. 1 LJ—, prueba la voluntad del Legislador de enjuiciar con carácter amplio la actividad administrativa.. Y es que, como afirma GONZÁLEZ PÉREZ (81) al analizar una sentencia del Supremo, lo que determinó al alto Tribunal a afirmar la jurisdicción del orden contencioso administrativo no fue *la naturaleza municipal de la sociedad anónima, sino la naturaleza del conflicto que había dado lugar a la cuestión litigiosa* (criterio material). No obstante, este autor se manifiesta contrario a dicho criterio material, llegando a afirmar en relación con esta sentencia que *se trata de una decisión aislada y confusa, de la que en modo alguno puede partirse para construir una doctrina general sobre los supuestos en que procede la admisibilidad de recurso contencioso administrativo contra actos de una persona jurídico-privada*.

Y esta es, precisamente, la problemática que suscita el control jurisdiccional de las sociedades mercantiles públicas: no es que no existan fallos de Tribunales contencioso administrativos en los cuales figuren incluso como demandados sociedades mercantiles pertenecientes al Estado, o a la Administración Autónoma o Local; de hecho, estas son cada vez más frecuentes (al menos en materia de contratación). El problema es que no existe una jurisprudencia unidireccional, con criterios coherentes y unitarios de enjuiciamiento en base a unos principios generalmente aplicables, de Derecho constitucional o administrativo que, al igual que el Derecho privado administrativo en Alemania, nos permitan alcanzar justicia y seguridad jurídica de modo simultáneo.

Así, por ejemplo, el TS, en una sentencia de 5 de diciembre de 1990 acerca de una sociedad municipal de recogida de basuras, llega a afirmar que los actos de ésta tienen naturaleza administrativa, si bien no aclara la naturaleza del ente. Otra sentencia, de 28 de mayo de 1984, no duda en levantar el velo de una sociedad también municipal afirmando que una recla-

---

(81) GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Empresa pública y proceso», en PÉREZ MORENO, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994, citando la sentencia de 15 de marzo de 1973 (Ar. 1195, Ponente: Ponce de León).

mación previa ante el Ayuntamiento interrumpa la prescripción de las acciones contra la mercantil.

Pero sin embargo existen otras sentencias que aplican de forma férrea el carácter subjetivo de la jurisdicción contencioso administrativa y deniegan la condición de Administración a una sociedad, o del carácter administrativo a sus actuaciones. En alguna ocasión lo hacen incluso reconociendo que, *por más que los principios a aplicar sean de naturaleza jurídica pública y pueda entenderse que la solución idónea sea atribuirlos a este orden jurisdiccional, nuestra jurisdicción es improrrogable y debemos apreciar, incluso de oficio, nuestra falta de jurisdicción* (82).

Analizando esta cuestión, el profesor MARTÍN RETORTILLO ha llegado a ironizar diciendo que, hoy en día, a la hora de decidir si acudir al Derecho público o al Derecho privado para la resolución de un conflicto con una sociedad mercantil de la Administración, a uno no le queda otro remedio que «echar una moneda al aire».

## V. UNA CONCLUSIÓN NECESARIAMENTE ABIERTA

Considero que la solución a la cuestión de la justiciabilidad de las sociedades mercantiles públicas no está en hacer grandes propuestas de *lege ferenda*. Las leyes son el fruto de nuestra tradición jurídica. En el caso del Derecho administrativo, su carácter estatutario viene, como ya dijimos, de la revolución francesa. Romper el criterio subjetivo de lo que deba entenderse por Administración pública o acto administrativo y hacerlo extensivo a entes de base privada, produciría problemas aplicativos en el Derecho público y, por ende, inseguridad jurídica.

Bastaría, tal vez, incluir una habilitación general en el art. 2 LJ que permitiera, con carácter abierto, conocer al orden contencioso administrativo de los asuntos relacionados con las sociedades mercantiles públicas siempre y cuando se detectara la presencia de principios, contenidos en normas vinculantes para las Administraciones públicas que las crearon, y que pudieran verse comprometidos por las actuaciones de éstas.

En tales situaciones, los Jueces y Tribunales deberían entrar a conocer el fondo del asunto y entender vulnerados o no dichos principios desde un punto de vista material que permitiera, eventualmente, modificar el sentido de dichas actuaciones a través de los mandatos contenidos en las sentencias. Para sal-

---

(82) Véase Ar. JUR 2006/198462, STSJ de las Islas Canarias de 31 de mayo de 2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª) Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Helmuth Moya Meyer.

var dificultades formales, podría ser de utilidad explorar más las posibilidades de la técnica del levantamiento del velo.

Nada obsta, por otra parte, a que sea otro orden jurisdiccional quien aprecie que una sociedad mercantil de la Administración ha actuado de forma arbitraria, inicua, en contra del interés general, de forma poco transparente... Sin duda estos principios no son patrimonio del contencioso administrativo, aunque coincido con la doctrina en que, por tradición, es el orden más capacitado para conocer acerca de los mismos. No obstante, la aplicación del art. 21.2 LCSP servirá de «laboratorio» para evaluar esta cuestión.

El Derecho administrativo es, en gran medida, una creación jurisprudencial. Por ello considero que si deseamos unas leyes más justas, que regulen la actuación de la Administración en el ámbito del Derecho privado con un mínimo de seguridad jurídica, los jueces deben de ir siquiera un paso por delante del Legislador. La jurisprudencia constituiría, en este sentido, el paso previo a la producción legislativa —como ha ocurrido en los últimos años con la jurisprudencia comunitaria y LCSP citada en el párrafo anterior.

Una vez se dispusiese de una jurisprudencia que, utilizando el concepto material de Administración, entrase a conocer el fondo de los asuntos citados, la solución, a juicio del investigador, consistiría en regular legalmente unos «estándares» mínimos de actuación de las empresas públicas que salvaguardasen los principios básicos que deben regir la actuación de las Administraciones de acuerdo con la Constitución y las Leyes administrativas, estrechando así el margen de actuación del Derecho privado, pero sin constreñirlo hasta el punto de que su aplicación —autorizada por el legislador—, se vea comprometida.

Pero como vengo diciendo, estos «estándares» no pueden crearse por ley *ex novo*, sino que deben estar amparados en la práctica del Derecho; concretamente, y en gran medida, en las decisiones adoptadas previamente por los Tribunales de Justicia en base al Derecho preexistente. De ahí el título de este artículo: *es necesaria una nueva jurisprudencia* que tienda a unificar criterios, asentarlos y producir una seguridad jurídica previa a la creación legislativa.

## ABREVIATURAS

- AN Audiencia Nacional.
- BOA Boletín Oficial de Aragón.
- BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- BOE Boletín Oficial del Estado.
- CE Constitución Española de 1978.
- IEAL Instituto de Estudios de la Administración Local.
- LAAr Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- LALA Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.
- LAP Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativa común.
- LCAP Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos de la AA PP.
- LCSP Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- LGP Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.
- LGP 88 Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 septiembre Aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.
- LHAr Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- LHL Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- LJ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.
- LJ 56 Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.
- LOFAGE Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración general del Estado.
- LOTIC Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.
- LPAr Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- LPAP Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- LRBRL Ley 7/1985, de 2 de abril. Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- RAP Revista de Administración Pública.
- RD Real Decreto.
- RDL Real Decreto Legislativo.
- REDA Revista española de Derecho administrativo.
- REDC Revista española de Derecho constitucional.
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TRRL Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.
- TC Tribunal Constitucional.
- TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TS Tribunal Supremo.
- TSJ Tribunal Superior de Justicia.

## **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA**

- BAÑO LEÓN, J.M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas», en RAP, nº 151, 2000.
- BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, prólogo de Jesús Leguina Villa, Madrid, Tecnos, D.L. 1997, 1ª. ed.
- BERMEJO VERA, J., «Derecho Administrativo básico, parte general», sexta edición, 2005.
- *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, prólogo de MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, Editorial Tecnos, 1975.
- BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho Administrativo», en REDA, nº 78, abril-junio de 1993.

- CANALS I AMETLLER, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Granada, Comares, 2003.
- CARRETERO PÉREZ, A., «La teoría de los actos separables», RAP nº 61, 1970.
- CHITI, M.P., *El organismo de Derecho público y el concepto comunitario de Administración Pública*.
- CLAVERO ARÉVALO, M.F., «El estado actual de la doctrina de los actos separables», *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 164, 1969.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, vol. 1, 16ª ed., Civitas, 2005.
- DEL SAZ CORDERO, S., «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres estudios*, Madrid, Civitas / UNED, 1992.
- DEL SAZ CORDERO, S., «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», en RAP, nº 133, enero-abril 1994.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Empresa pública y servicio público: el final de una época», en REDA, nº 89, enero-marzo 1996.
- «Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultas de las privatizaciones», en RAAP, nº 39, julio septiembre 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Prólogo», en CHINCHILLA, C.; LOZANO, B.; DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo, Tres estudios*, Madrid, Civitas / UNED, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Madrid, Civitas, 2002.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A., «Contratos y actos ente el Tribunal Supremo: la explotación del hotel Andalucía Palace de Sevilla», RAP nº 36, 1961
- GARRIDO FALLA, F., «Privatización y reprivatización», en RAP, nº 126, septiembre diciembre 1991.
- «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», RAP, nº 7, enero-abril de 1952.
- GIMENO FELIU, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, en Thomson Civitas, Monografías 2006.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Derecho administrativo privado», ed. Montecorvo. 1996.
- *Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, ed. Fundación Manuel Giménez Abad.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», en RAP, nº 136, enero abril de 1995.
- LEGUINA VILLA, J., «Algunas ideas sobre la constitución y la huida del Derecho Administrativo», en RJN, nº 19, enero junio 1995.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», en RAP, nº 130, enero abril 1993.
- MACERA, B.F., «La sujeción a control contencioso administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima», RAP, nº 155, mayo-agosto 2001.
- MALARET I GARCÍA, E., *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, Civitas, 1993.
- MALARET I GARCÍA, E. (Directora), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1997, 1.ª ed.
- MALARET I GARCÍA, E. (obra col.), *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, Barcelona, 7 de mayo de 1997, Marcial Pons, 1999.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», en RAP, nº 126, septiembre-diciembre de 1991.
- «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo», en RAP, nº 140, mayo agosto 1996.
- «Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública», en RAAP, nº 39, julio septiembre 2000.
- MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho administrativo*, vol. 1, 15ª ed., Madrid, 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos», en RAP, nº 153, septiembre-diciembre de 2000.

- PÉREZ MORENO, A. (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., «Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España», REDA, nº 84, octubre-diciembre de 1994.
- RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- SAINZ MORENO, F., «Ejercicio privado de funciones públicas», en RAP, nº 100-102, vol II, enero-diciembre de 1983.
- SALA ARQUER, J.M., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», en REDA, nº 75, julio septiembre 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo*, vol. 1 y 2, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 4ª edición, 2002.
- TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y constitución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

## **JURISPRUDENCIA UTILIZADA POR ORDEN CRONOLÓGICO**

- (Referencias procedentes del repertorio jurisprudencial Westlaw-Aranzadi)
- RTC 1983/35, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 35/1983 (Sala Segunda), de 11 de mayo.
  - RJ 1985/4492, Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985.
  - RTC 1986/14, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/1986 (Pleno), de 31 de enero.
  - RJ 1988/4555, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 9 de junio de 1988.
  - RJ 1989/7352, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 10 de octubre de 1989.
  - RJ 1989/9507 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 de diciembre de 1989.
  - RTC 1991/161, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 161/1991 (Sala Primera), de 18 de julio.
  - RJ 1992/3239, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de marzo de 1992.



- RJ 1992/4447, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 27 de mayo de 1992.
- RJ 1992/6596, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de julio de 1992.
- RJ 1995/1652, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 17 de enero de 1995.
- RJ 1995/9046, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 4 de diciembre de 1995.
- RJ 1995/9962, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 13 de diciembre de 1995.
- RJCA 1999/1586, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia nº 557/1999 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 23 de junio.
- RJ 1999/9021, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 24 de septiembre de 1999.
- RJ 2000/8853, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 2 de octubre de 2000.
- JUR 2001/227799, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias nº 542/2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 6 de junio de 2001.
- JUR 2001/295866, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de junio de 2001.
- JUR 2002/143695, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 20 de julio de 2001.
- RJ 2001/7661, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 23 de julio de 2001.
- RJCA 2002/64, Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 300/2001, de 20 de noviembre.
- JUR 2002/93433, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 1222/2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 22 de noviembre.
- JUR 2003/118747, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de enero de 2002.
- RJCA 2002/526, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 25 de febrero.
- JUR 2002/151659, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

- nº 290/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 18 de marzo.
- RJCA 2002/918, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 381/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 de mayo.
- JUR 2003/102210, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias nº 818/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 julio.
- RJCA 2002/769, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia nº 760/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de julio.
- JUR 2003/153451, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1510/2002 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 21 de noviembre.
- JUR 2003/274018, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón nº 384/2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 9 de abril.
- RJ 2003/4377, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 4 de julio de 2003.
- RJCA 2004/272, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 16 de octubre de 2003.
- JUR 2004/26394, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 23 de octubre de 2003.
- RJ 2004/1740, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 18 de febrero de 2004.
- JUR 2005/231278, Auto del Tribunal Supremo nº 61/2004, de 18 de octubre.
- JUR 2005/3751, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León nº 538/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de noviembre.
- JUR 2005/93702 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 296/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 25 de febrero.
- JUR 2005/116562, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 204/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 8 de marzo.
- RJ 2005/4593, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 21 de abril de 2005.
- RJ 2005/4716, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 22 de abril de 2005.
- RJ 2005/4557, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 27 de abril de 2005.

- JUR 2005/173243, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 748/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 26 de mayo.
- JUR 2005/237597, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 19 de julio.
- RJ 2005/8579, Sentencia del Tribunal Supremo nº 776/2005 (Sala de lo Civil), de 11 de octubre.
- RJ 2005/8145, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 25 de octubre de 2005.
- JUR 2006/107297, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 2085/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 10 de noviembre.
- JUR 2006/129544, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1514/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 9 de diciembre.
- JUR 2006/162809, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1385/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 16 de diciembre.
- JUR 2006/168584, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares nº 113/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 7 de febrero.
- JUR 2006/103802, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 14 de febrero de 2006.
- RJ 2006/2069, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 1 de marzo de 2006.
- RJ 2006/5528, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 13 de marzo de 2006.
- JUR 2006/131976, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria nº 132/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 24 de marzo.
- RJCA 2006/441, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 249/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de marzo.
- JUR 2006/198462, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias nº 168/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de mayo.
- JUR 2007/19411, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 132/2006, de 2 de junio.
- RJ 2006/3434, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 6 de junio de 2006.

- JUR 2006/268209, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha nº 394/2006 (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 3 de octubre.
- JUR 2007/59684, Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 31 de enero de 2007.

# EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ELOÍSA CONTÍN TRILLO-FIGUEROA

«La gente buena no necesita leyes que le digan cómo obrar responsablemente, mientras que la gente mala encontrará la manera de esquivar las leyes» (PLATÓN)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 110 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 1. Naturaleza jurídica. 2. Presupuestos. 3. Procedimiento.— III. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 111 Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 37.2 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA; EL LLAMADO «PROCEDIMIENTO TESTIGO»: 1. Naturaleza jurídica, 2. ámbito objetivo. 3. Requisitos. 4. Órganos que toma la decisión. 5. Procedimiento.— IV. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 72 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.— V. CONCLUSIÓN.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El artículo 24 de nuestra Carta Magna proclama el derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva, que supone un sistema de garantías establecidas a favor del justiciable, y que se ejercita y se satisface de acuerdo con los procesos y actuaciones procesales establecidas en la Ley, entre las que figura en la Ley 29/1998 de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los supuestos de extensión *ultra partem* de la eficacia de las sentencias estimatorias.

La Ley 29/1998 prevé la extensión de efectos de sentencias estimatorias de pretensiones de plena jurisdicción, pero con alcance limitado a materias de personal y tributarias en su artículo 110; el sistema alternativo de elección de uno o varios procesos testigos para la ulterior extensión de efectos *ultra partem* de la sentencia recaída en su artículo 111 en relación con el artículo 37.2; y que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas desde el día de la publicación de la sentencia firme en el correspondiente diario oficial en su artículo 72.2.

La finalidad de estos preceptos es hacer frente a la situación de saturación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que ha sufrido hasta el extraordinario el incremento de la litigiosidad, con el objeto de contribuir a «aliviar» y «descongestionar» el orden contencioso-administrativo.

*Palabras clave:* recurso contencioso-administrativo; ejecución de sentencias; extensión de efectos de la sentencia a terceros; procedimiento testigo; sentencias estimatorias de pretensiones de plena jurisdicción; actos en masa; procedimientos idénticos;

situación litisconsorcial; inexistencia de cosa juzgada; suspensión de la tramitación de recursos idénticos; acumulación de autos.

*ABSTRACT: Article 24 of our Constitution proclaims the fundamental right of everyone to obtain an effective remedy, which involves a system of guarantees laid down in favour of the litigant, and that is exercised and is satisfied in accordance with established procedures and proceedings in the Act, which include the Law 29/1998 of July 13, administrative court, the alleged ultra partem extension of the effectiveness of estimated sentences.*

*The Law 29/1998 provides for the extension of the purposes of estimated sentencing of claims full jurisdiction, but with limited scope to matters of personal and tax in its article 110; the alternative system of electing one or more processes witnesses for further extension ultra partem effects of the judgement in its article 111 in conjunction with Article 37.2 and that the cancellation of a provision or act become effective for all persons concerned from the day of publication of the final judgement in the relevant official gazette in Article 72.2.*

*The purpose of these precepts is to address the situation of saturation order to the administrative court, which has suffered until the extraordinary increase in litigiousness, in order to help «alleviate» and «decongest» the order to the administrative courts.*

*Key words: litigious-administrative review; execution of sentences; extending effects of the judgement to others; witness procedure/leader case; estimated judgments of claim for full jurisdiction; instruments mass; identical procedures; litisconsorcial situation; none of res judicata; suspension of the handling of identical resources; court order accumulation.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

El Derecho procesal español consagra el instituto de la cosa juzgada, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos. Así, las sentencias firmes, dotadas de eficacia de cosa juzgada formal, producen, además, efectos de cosa juzgada material (artículo 1252 del Código Civil y artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero), de tal forma que, como regla general, las sentencias sólo producen efectos directos entre las partes contendientes (con las excepciones legalmente previstas).

La anterior afirmación, rotunda en el campo privado, puede sufrir alguna matización en el ámbito jurídico público. Como por ejemplo sucede con las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, que tienen plenos efectos frente a todos (artículo 164.1 de la Constitución Española).

La jurisprudencia inicialmente consideraba que la sentencia que, en congruencia con la pretensión ejercitada, además de anular el acto reconocía un derecho subjetivo, sólo producía efectos para el demandante y no para terceros. Éstos que no se veían afectados por la eficacia ejecutiva de la sentencia ni por la cosa juzgada, debían solicitar expresamente de la Administración el reconocimiento de la titularidad de la misma situación jurídica individualizada, y si no veían atendida su solicitud tenían que acudir al Tribunal competente para interesar no la anulación, pues ésta ya quedó resuelta, pero sí el reconocimiento y la adopción de las medidas pertinentes para la efectividad de la situación jurídica individualizada.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, ya contemplaba un supuesto de eficacia *ultra partem*, la extensión a terceros de los efectos de las sentencias anulatorias de actos o disposiciones, prevista en su artículo 86.2. El Tribunal Supremo fue sentando la jurisprudencia de que este precepto establecía que la anulación de una disposición de carácter general produciría efectos para todas las personas afectadas, siempre que concurriesen tres elementos fundamentales: que se tratase de una sentencia estimatoria; que la norma o disposición anulada fuera de carácter general; y que se tratase de una sentencia que acordase la anulación reclamada. Sin embargo, no admitía la posibilidad de que alguien ajeno al proceso se pudiera personar y solicitar la ejecución, aunque tampoco era necesario, pues la mera anulación de la norma conllevaba la producción de los efectos necesarios para todos los administrados, no sólo para el recurrente (1). Así lo hizo mediante la vía del incidente de ejecución de sentencia en el Auto del Tribunal Supremo, Sala 5ª, de 29 de noviembre de 1985.

La doctrina del Tribunal Supremo en los primeros años de la década de los ochenta inicia una corriente jurisprudencial favorable a la extensión subjetiva *ultra partem* de la eficacia de las sentencias estimatorias a supuestos que comportaban el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas. Esto ocurrió especialmente en dos campos: expropiaciones con tasaciones conjuntas, identificándose la fuerza de la sentencia que fija nuevos baremos de precios con la extensión subjetiva de la cosa juzgada, y cuestiones relativas a funcionarios o personas al servicio de la Administración, tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de fecha 19 de julio de 2007 (RJ 2007/4884), en su fundamento de derecho quinto.

Ahora bien, la extensión «*ultra partem*» de la eficacia de sentencias que reconocían situaciones jurídicas individualizadas, al margen, incluso, de los

---

(1) CALVO DÍAZ, G., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista de Actualidad Administrativa*, nº 30, de julio de 1991.

excesos con que se había producido, a veces, tal ampliación por Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia, tenía ya algunos reparos dogmáticos que no podían ser ignorados. El argumento del respeto a la igualdad es indiscutible respecto a la anulación de la disposición o el acto, que no pueden ser nulos e ineficaces para unos y válidos y eficaces para los demás. Por otra parte, la inclusión en la fase de ejecución de sentencia de aspectos no contemplados en el fallo, como puede ser el reconocimiento de la situación jurídica controvertida a quien no fue parte en el proceso, podía suponer vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) de la Administración condenada.

Consecuentemente se inicia una nueva etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que rectifica la inmediatamente anterior. Así ocurre con la sentencia de 29 de febrero de 1996 (RJ 1996/1824) que reconoció la dificultad de extender de modo directo los efectos de un pronunciamiento de plena jurisdicción respecto a quien no ha sido parte en el proceso y planteaba la necesidad de una reforma legislativa.

Esta reforma se materializó con la promulgación de la Ley 29/1998 de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante Ley 29/1998). Ya en su Exposición de Motivos manifiesta que regula la extensión de los efectos de la sentencia a terceros con la necesaria cautela, dado que la apertura puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados «actos en masa».

Por tanto, la Ley 29/1998 viene, por un lado, a confirmar la interpretación del antiguo artículo 86.2 y, por otro, a ampliar los supuestos de extensión *ultra partem* de la eficacia de las sentencias estimatorias.

Son tres los supuestos en que la sentencia estimatoria no limita su eficacia a las partes:

1.- El supuesto del artículo 110, que introduce un sistema nuevo, en el que se admite ya la extensión de efectos de sentencias estimatorias de pretensiones de plena jurisdicción, pero con alcance limitado a materias de personal y tributarias.

2.- El artículo 111, que prevé el supuesto de extensión de efectos de sentencias a procedimientos idénticos ya iniciados y oportunamente suspendidos, de acuerdo con el artículo 37.2, que regula el denominado «recurso-testigo».

3.- El artículo 72.2 reitera la regla ya recogida en el antiguo artículo 86.2 de la Ley de 1956, con la importante matización de la fecha en que comienzan a surtir los efectos de la sentencia estimatoria *ultra partem*, que será cuando aparezca publicado el fallo en el boletín oficial en el que



se hubiera publicado la disposición anulada. Así dispone que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas, precisándose que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día de su publicación en el correspondiente diario oficial. Las sentencias anulatorias de actos plúrimos y de reglamentos se ejecutan publicándose para general conocimiento; no hay fase de ejecución propiamente dicha. El artículo 72.3 prevé que *«la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111.»*; reconoce, pues, la posibilidad de que puedan extenderse a terceros en los términos previstos en la propia Ley.

De aquí extraemos que las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día de su publicación en el correspondiente diario oficial conforme dispone el artículo 72, y por el contrario, la estimación de pretensiones de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas sólo producirán efectos entre las partes, a salvo del régimen especial contemplado en los artículos 110 y 111.

De acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, las normas se interpretarán atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. La finalidad de los artículos 72.2, 110, 111 y 37.2 de la Ley 29/1998 es hacer frente a la situación de saturación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, destacando su Exposición de Motivos que ha sufrido hasta el extraordinario el incremento de la litigiosidad, así como que el mismo está atravesando un período crítico ante el que es preciso reaccionar mediante las oportunas reformas.

A continuación vamos a desarrollar estos supuestos más extensamente.

## **II. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 110 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

El artículo 110 de la Ley 29/1998 regula la figura de la denominada «extensión de efectos» de toda sentencia firme dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en materias de personal o tributaria, cuando la resolución judicial reconozca una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas que podrá extenderse a otras siempre que concurren las circunstancias que establece tal precepto, de las que ha de destacarse la identidad de situaciones jurídicas entre los favorecidos por el fallo y los interesados en la citada extensión de efectos de la sentencia.

El artículo 110 de la Ley 29/1998 ha quedado nuevamente redactado por la Disposición Adicional 14.8 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (BOE 26 de diciembre), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial (2).

Este artículo 110 tiene su origen en la posibilidad nacida del artículo 86.3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, de aplicar los efectos de una determinada sentencia a personas, cuando viene a resolver situaciones iguales a quienes no han sido parte en el recurso, con la finalidad de ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados «actos en masa». La Sentencia de la Sección Séptima del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2004 (RJ 2004/1592), en su fundamento jurídico cuarto recuerda que «*el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción contempla un procedimiento que significa, según advierte su exposición de motivos, una importante novedad que se propone evitar múltiples procesos innecesarios frente a los llamados actos en masa*». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sección 7ª, de 26 de diciembre de 2007.

Con el artículo 110 Ley 29/1998 se permite a los titulares de una relación jurídica material idéntica a otra reconocida por una sentencia firme, la posibilidad de beneficiarse de los efectos de la misma con la ventaja de no tener que instar un procedimiento judicial. A tal efecto citamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004/3100), que dice expresamente: «*Este precepto tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública. En este último ámbito tiene un amplio campo de aplicación siempre que con él se pretenda restablecer situaciones idénticas, evitando procesos innecesarios. Pero ha de existir esa identidad*».

Los argumentos que sirvieron de base para la instauración de este nuevo sistema en la Ley 29/1998, tiene su fundamento en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 10/1998, de la que fue ponente el profesor Gimeno Sendra. Esta sentencia parte del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución española), reconociendo el derecho a que todos los administrados que se encuentran en una «*situación litisconsorcial*» respecto de una sentencia beneficiosa a sus intereses, dictada en un procedimiento contencioso-

---

(2) «*La LO 19/2003, de 23 de diciembre ha dado nueva redacción a dicho art. 110 de la Ley Jurisdiccional, añadiendo junto al requisito de identidad de situaciones jurídicas una nueva condición, consistente en la obligada desestimación del incidente de extensión de efectos, en todo caso, cuando (...) para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso Contencioso-Administrativo*» (art. 110.5.c). (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006, RJ 2007/221).

administrativo del que no fueron parte, puedan en base al principio de igualdad obtener para sí la aplicación de los beneficios de la misma, tesis que ha sido mantenida por otras sentencias posteriores del TC como las de 23/1998, 24/1998, y 28/1998. El profesor Gimeno Sendra califica como «*situaciones litisconsorciales*» aquellos supuestos en los que existe una expectativa de agrandar los límites de la ejecución de la sentencia con el fin de incluir en los mismos aquellas personas que se encontrasen en casos idénticos.

Por lo tanto, el artículo 110 establece el derecho de los administrados a que se les apliquen los beneficios de una sentencia firme, por concurrir en ellos un derecho idéntico que ha sido reconocido por la misma.

Señala REQUERO IBÁÑEZ (3) que la reforma operada por la LO 19/2003 de 23 de diciembre fue interesada por el Consejo General del Poder Judicial, y las sugerencias se centraron en dos aspectos:

1.— Por un lado, evitar que el procedimiento del artículo 110 dé lugar a un nuevo recurso jurisdiccional, ya que era el esquema en ese momento vigente. En efecto, el procedimiento de extensión de efectos se iniciaba mediante una solicitud dirigida a la Administración, que podía estimarlo o denegarlo mediante resolución expresa o presunta. En caso de denegación, el interesado debía presentar un escrito razonado ante el juez o tribunal de forma que, antes de resolver, el órgano judicial recabaría los oportunos antecedentes. Pues bien, el Consejo General del Poder Judicial pretendió que la Administración resolviese siempre expresamente, con lo cual se adelantaría mucho en la eficacia de esta vía si el juez ya sabe, *ex ante*, las causas por las que se opone la extensión de efectos.

2.— Y por otro lado, incluir la previsión de que no fuese posible extender los efectos de una sentencia cuando el interesado pretendiese lograrlo eludiendo la firmeza de resoluciones que no hubiese recurrido en tiempo.

## 1. Naturaleza jurídica

Más que un procedimiento incidental en fase de ejecución, la doctrina considera que el artículo analizado se trata de un verdadero procedimiento especial de los regulados en el título IV, con lo que se le tiene como un incidente, si bien más simplificado ahora, pero que puede ser complejo desde el punto de vista de la resolución judicial. Entre ellos citamos a REQUERO IBÁÑEZ (4), o a

---

(3) REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: «Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Cuadernos de derecho local*, núm. 8, 2005, pp. 33-49.

(4) REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: «Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa» *Cuadernos de derecho local*, núm. 8, 2005, pp. 33-49.

LÓPEZ BENITEZ (5). Este último profesor habla de un «procedimiento incidental de carácter declarativo dentro de la fase de ejecución», planteándose también si, en realidad, se ha regulado un proceso especial que, por razones de agilidad, se ha regulado por el trámite de los incidentes. También se decanta por la misma opinión la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala 3ª, Sección 2ª, de fecha 30 de diciembre de 2005 cuando dice: «*la naturaleza jurídica del procedimiento configurado en el art. 110 de la LJCA, según las aportaciones doctrinales más caracterizadas, es la de considerarlo como un procedimiento incidental de carácter declarativo, no sumario, dentro de la fase de ejecución o como un proceso especial, cuya sustanciación se confía al trámite de los incidentes de ejecución*».

La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que «*la extensión de efectos de sentencias se configura por la Ley 29/1998 como un incidente dentro de la ejecución de sentencias y por ello, la competencia para su conocimiento debe atribuirse al Tribunal que haya conocido del asunto en primera o única instancia*» (6).

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2004 que «*la finalidad del incidente está claramente inmersa en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española) y que consiste en la evitación de múltiples dilaciones y molestias que supondría un nuevo proceso cuando ya existe sentencia firme sobre una pretensión idéntica a la que los solicitantes del incidente pretenden deducir, lo que pretende asegurar la primacía que corresponde a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*».

## 2. Presupuestos

Tal y como señala la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de la naturaleza de este incidente deriva que los requisitos exigidos por el artículo 110 deben ser interpretados estrictamente y que corresponde acreditarlos a quienes pretendan acogerse a este procedimiento (7). El artículo 110 precisa la concurrencia de unos presupuestos objetivos (apartado 1) y otros de carácter procesal o procedimental (apartados 2 a 5).

---

(5) M. LÓPEZ BENITEZ, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, núm. 100, 1998, p. 784.

(6) Autos de 9 de enero, 18 de octubre y 23 de noviembre de 2006 (recursos de casación 6327/1999, 5795/2000 y 1982/2000), y 21 de febrero de 2007 (recurso de casación núm. 970/2000).

(7) STS 28 abril de 2006 (RJ 2006/4585) en su fundamento jurídico quinto, y STS de 15 de marzo de 2004 (RJ 2004/1592), en su fundamento jurídico cuarto.

1ª) Comenzamos en primer lugar con los *presupuestos objetivos*:

a) *Firmeza de la sentencia*

La sentencia objeto de la petición de extensión debe ser firme —bien sea por haberse dictado en única instancia o por haber recaído en vía de recurso— contra la que no cabe ya recurso alguno.

b) *Debe ser de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas*

En tal sentencia se debe haber estimado no sólo una pretensión de mera anulación sino, además, de plena jurisdicción, ya que el artículo 110.1 exige que la misma «hubiera reconocido una situación jurídica individualizada», lo que debe relacionarse con el artículo 31.2 de la Ley 29/1998.

c) *Idéntica situación jurídica*

La Ley se preocupa de advertir que en ningún caso se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica (8).

Existe idéntica situación jurídica entre el que pide la extensión de los efectos de una sentencia y el favorecido por el fallo de ésta, cuando haya coincidencia en la pretensión o pedimento de ambos. De aquí se deduce que debe existir una identidad absoluta entre el recurrente y los interesados en la extensión de los efectos de la sentencia.

La Ley 29/1998 no regula el concepto de identidad jurídica, señalando el profesor GIMENO SENDRA que la identidad lo ha de ser en la legitimación activa, en la «*causa petendi*» y en el bien litigioso u objeto material de la pretensión (9). Una interpretación jurídica más flexible, según MARTÍN CONTRERAS (10), ha de suponer que la situación jurídica que presenten los solicitantes de extensión de efectos en el momento de realizar tal petición ha de ser sustancialmente coincidente con la que fue enjuiciada en el recurso de cuyo beneficio pretenden aprovecharse. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (11) entiende que identidad de situaciones jurídicas puede definirse como la con-

---

(8) En este sentido se pronuncia la STS de 28 abril de 2006 (RJ 2006/4589).

(9) El profesor Vicente GIMENO SENDRA califica como «*situaciones liticonsorciales*» aquellos supuestos en los que existe una expectativa de agrandar los límites de la ejecución de la sentencia con el fin de incluir en los mismos aquellas personas que se encontrasen en casos idénticos.

(10) Luis MARTÍN CONTRERAS, *La extensión de efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativo en materia tributaria y de personal*, Editorial Comares, 2000, 1ª edición.

(11) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 4 de enero de 2008, (RJ 2008/137).

currencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que determinan la aplicación de las mismas normas, así como la subsistencia y vigencia del mismo bloque normativo aplicado por la sentencia extendida.

Se exige pues como requisito esencial para obtener la extensión de efectos, que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo, tal y como viene exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Citamos a tal efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2004 (RJ 2004/766), 27 de enero de 2004 (RJ 2004/1042), 10 de febrero (RJ 2004/989), 23 de febrero de 2004 (RJ 2004/2233), 25 de mayo de 2004 (RJ 2004/4034), de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8103) y más recientemente las STS de 12 de julio de 2006 (RJ 2006/7260), de 21 de julio de 2006 (RJ 2006/5822), de 26 enero 2007 (RJ 2007/632), de 2 marzo 2007 (RJ 2007/2708) y de 26 de octubre de 2007, que dicen: *«exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial. Es decir, la Ley de la Jurisdicción está pidiendo que sean las mismas las circunstancias de hecho y las pretensiones jurídicas que sobre ellas se fundamentan en un caso y en el otro, pues lo único que estamos haciendo es cumplir lo que en dicho precepto, concretamente, en su apartado 1 a) se establece: que sólo cabe esa extensión cuando las situaciones jurídicas sean idénticas»*.

Si bien, hemos de tener en cuenta también que este requisito viene siendo interpretado de forma muy restrictiva por el Tribunal Supremo, apreciando la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005 (RJ 2005/5794) que no existe tal identidad cuando el solicitante de la extensión de efectos, a diferencia del favorecido por la sentencia, no interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra un determinado acto administrativo. A pesar de que la sentencia cuenta con un voto particular que considera no aplicable, antes de la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, la excepción de acto firme y consentido, la sentencia mayoritaria fija el criterio —luego reiterado en otras posteriores como la de 4 de octubre de 2005 (RJ 2006/4127)— de entender como situación jurídica distinta de la reconocida en el fallo la de quien no recurre la actuación administrativa que le afecta y se limita a solicitar la extensión de efectos de la sentencia que reconoce una determinada situación jurídica idéntica a la suya. Con independencia de esta interpretación, la incorporación por la LO 19/2003 como circunstancia determinante de la desestimación del incidente, de la excepción del acto firme y consentido, va a limitar notablemente las posibilidades de aplicación del precepto, al obligar a los interesados a recurrir en vía contencioso-administrativa el acto

de que se trate, sin perjuicio de la aplicación del artículo 111 de la Ley 29/1998 (que luego estudiaremos). En este sentido se pronuncian las Sentencias de la Sección Séptima de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/3101), de 13 de julio de 2004 (RJ 2004/5252), de 20 de julio de 2004 (RJ 2004/5526) (12), de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8103) (13), de 28 abril 2006 (RJ 2006/4589) y de 28 abril 2006 (RJ 2006/4585) (14).

Concluyendo, se impide la extensión de los efectos de una sentencia firme a quienes hayan consentido un acto expreso y en relación con quien impugnó dicho acto, al no admitirse la equiparación de situaciones entre ambos. Dicha doctrina no hace sino aplicar dentro de la jurisdicción ordinaria la tesis del Tribunal Constitucional de las sentencias prospectivas, iniciada en la jurisprudencia constitucional americana y alemana y que, como se dice, ha sido desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional en materia tributaria con el fin de evitar la extensión de sus sentencias en materia fiscal y evitar graves perjuicios a la Hacienda Pública.

Finalmente, hemos de destacar la jurisprudencia sentada por nuestro Tribunal Constitucional, que determina que apreciar la identidad de situación es una cuestión de legalidad ordinaria —entre otras, Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 146/2005, de 6 de junio (RTC 2005/146)—.

*d) Carácter estimatorio de la sentencia*

Debe ser una sentencia estimatoria, que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas. Así, el órgano jurisdiccional no podrá entrar en el fondo de la cuestión planteada, sino que se limitará a examinar la concurrencia o no de la identidad de las pretensiones ejercitables, sin variar el contenido de la sentencia cuando dicte el auto de extensión de los efectos de la misma.

En caso de tratarse de una sentencia firme desestimatoria, el juez o tribunal no puede reconducir su trámite a este procedimiento, quedando la vía del artículo 37.2 y 3 en relación con el artículo 111 y que más adelante estudiaremos.

---

(12) Según la STS de 20 de julio de 2004 (RJ 2004/5526), no se encuentran en idéntica situación el funcionario que ha recurrido en tiempo un acto administrativo expreso que le exigía una determinada conducta y aquel otro que lo ha consentido, sin impugnarlo en tiempo.

(13) Según la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8103), la falta de interposición en tiempo de recurso contencioso-administrativo impide apreciar la existencia de identidad.

(14) STS de 28 abril 2006 (RJ 2006/4585): «La falta de interposición en tiempo de recurso contencioso-administrativo impide apreciar la existencia de identidad».

*e) Inexistencia de cosa juzgada*

Si sobre la cuestión, objeto o pretensión hubiere recaído ya sentencia firme, no cabe pedir extensión de efectos, ya que serán denegados, y lo mismo sucederá, cuando sobre esa cuestión, objeto o pretensión, hubiere recaído resolución por parte de la Administración, debidamente notificada, y hubiera devenido firme por no ser recurrida en tiempo y forma ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

No obstante lo señalado anteriormente, hay algún caso en que, a pesar de existir incluso sentencia o resolución administrativa firme, aunque no proceda la extensión de efectos de una sentencia, sí se puede iniciar una petición normal ante la Administración, y si ésta lo desestima, como tiene por norma, se puede acudir a un procedimiento ordinario ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y hasta ahora, con todas las posibilidades de obtener sentencia estimatoria. Esta excepción tiene su fundamento en la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1984 de 26 de diciembre, que vino a señalar que: «*la nómina de cada mes es un acto independiente una de otra, y como la pensión por esas condecoraciones se percibe en la nómina de cada mes, únicamente están sujetas a la institución de la prescripción, que conforme al artículo 25 de la Ley General Presupuestaria se produce a los cuatro años: es decir, desde la fecha de la reclamación (que interrumpe prescripción), se tiene derecho a los cuatro años anteriores*».

*f) Que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se pretende no sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

En este caso, la existencia de dicha jurisprudencia impediría al Juzgado o Tribunal sentenciador extender los efectos de la sentencia sin perjuicio de mantener la situación jurídica para las partes de la sentencia.

Habría que entender que la doctrina que no se puede contrariar será la formulada con carácter general por el Tribunal Supremo, al margen de la materia. En todo caso, debería haberse previsto que la doctrina de referencia fuese no sólo la del Tribunal Supremo sino, además la de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de los incidentes que se planteen tanto ante los juzgados como ante las propias salas, y ya sea sentencias dictadas en única instancia, en apelación como en la casación de la que conocen los Tribunales Superiores (15).

---

(15) El Tribunal Supremo ha venido proporcionando las pautas que han de servir para perfilar los límites del instituto de la extensión de efectos precisamente para evitar el uso abusivo de un instrumento que permite eludir el proceso obteniendo una resolución de igual alcance a la que consiguió la parte que sí hubo de someterse a las exigencias de la tramitación procesal íntegra. Y, básicamente, ha exigido que las situaciones entre el favorecido por el fallo y el solicitante de la exten-



Si por el contrario, la sentencia cuyos efectos se pretende extender no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe tenerse presente que, en la práctica y en materia de personal, la vía casacional no tendrá mucha viabilidad, pues la regla general es la irrecurribilidad en casación en esos litigios —ni siquiera en vía de recurso de casación para unificación de doctrina— y, en todo caso, si la cuantía es inferior a veinticinco millones de pesetas (150.253,03 euros), salvo que esa doctrina se elabore en el restrictivo recurso de casación en interés de ley. En lo relativo al alcance del artículo 110.5 en relación con el artículo 99 de la Ley 29/1998, dicha norma excluye la posibilidad de extensión cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule resultase contraria a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso para unificación de doctrina que regula el mencionado artículo 99, exclusión perfectamente lógica desde la perspectiva de la prevalencia del principio de legalidad sobre el de igualdad, que sólo puede jugar dentro de aquel. También se excluyen aquellos otros supuestos en los que la extensión de efectos suponga prolongar un criterio interpretativo ya superado en pronunciamientos posteriores (16).

*g) La existencia de ausencia de acto firme y consentido para el interesado*

La LO 19/2003, de 23 de diciembre ha dado nueva redacción a este artículo 110, añadiendo una nueva condición, consistente en que el interesado en la extensión de los efectos de la sentencia no hubiere consentido el acto administrativo que desconoce su situación jurídica, de tal forma que se obliga a la desestimación del incidente de extensión de efectos, en todo caso, cuando para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso Contencioso-Administrativo (artículo 110.5.c). Es decir, se implanta el requisito de ausencia de acto consentido para la viabilidad de la extensión a terceros de los efectos de una sentencia firme, que ha reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas, en fase de ejecución de sentencia.

Antes de la modificación del precepto surgió el debate de si resultaba o no aplicable la figura de la extensión de efectos en supuestos de «acto consentido y firme», que llegó hasta el Tribunal Supremo, cuya Sección Séptima (Sala Tercera), en varias sentencias dictadas en fechas posteriores a la modi-

---

sión no sean solo parecidas, semejantes, similares o análogas, sino idénticas, entendiéndose necesaria dicha identidad tanto en lo sustancial como en lo jurídico (Sentencias, entre otras muchas, de 23 de diciembre de 2004, de 1 de marzo de 2005 y de 19 de abril de 2005).

(16) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 6, de fecha 1 de diciembre de 2006, 143/2006, Recurso 1476/04.

ficación del precepto pero en supuestos planteados con anterioridad a la nueva regulación, aplicó como causa de desestimación del incidente de extensión de efectos la falta de identidad de supuestos, haciendo derivar la falta de este requisito del aquietamiento del interesado frente al acto administrativo desfavorable.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2004, seguida por otras posteriores, desestima el recurso de casación 215/01 (RJ 2004/2573), interpuesto contra un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había inadmitido el incidente, en materia de personal, al considerar que no existía identidad entre la situación de quienes recurrieron en vía administrativa y quienes no lo hicieron, confirmando la diferencia entre los que recurren y los que no lo hacen.

La Sección 7ª (Sala Tercera) razonó de la siguiente forma:

*«Debemos desestimar el motivo de casación. Los autos impugnados ponen de relieve el incumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 110.1 de la Ley de la Jurisdicción para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas a otras distintas y que consiste en «que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo». El texto de la norma es claro y no necesita interpretarse a la vista del primitivo proyecto. Las situaciones jurídicas deben ser no iguales o equivalentes sino idénticas. No son idénticas dichas situaciones cuando una persona (Don César) interpuso recurso Contencioso-Administrativo en tiempo contra un determinado acto administrativo (la resolución de 8 de julio de 1995) y los ahora recurrentes en casación consintieron dicha resolución y, cuando conocieron que el recurso promovido por el señor César había prosperado, trataron de prescindir de ese consentimiento prestado a la resolución administrativa, al no recurrirla, y pretendieron reabrir el plazo para conseguir los mismos efectos que si la hubiesen impugnado en tiempo, acudiendo para ello al artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción.*

*Precisamente, aunque no aplicable al supuesto, la reforma de la LOPJ desestima el incidente del artículo 110 de la Ley 29/98 cuando se hubiera dictado resolución que fuere consentida y firme, por no haberse promovido recurso Contencioso-Administrativo».*

Otra sentencia similar es la de 25 de enero de 2006 (RJ 2006/2723), aunque cuenta con dos votos particulares: *«Es cierto que entre los motivos de la desestimación del incidente no figuraba, en la redacción original del precepto, la existencia de acto firme y consentido para el interesado, y que durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, que dio lugar a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administra-*

*tiva, se suprimió el requisito de «que sobre la materia no se hubiera dictado una resolución administrativa que habiendo causado estado haya sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso Contencioso-Administrativo en tiempo y forma», pero no lo es menos que es principio fundamental que preside el recurso Contencioso-Administrativo la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma, principio que tiene su expresión en el art. 28 de la Ley de la Jurisdicción.*

*El párrafo tercero del apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 justifica el mantenimiento de esta causa de inadmisión del recurso Contencioso-Administrativo por «elementales razones de seguridad jurídica, que no sólo deben tenerse en cuenta a favor del perjudicado por un acto administrativo, sino también en favor del interés general y de quienes puedan resultar individual o colectivamente beneficiados o amparados por él» añadiendo que, aunque la subsistencia de esta causa de inadmisión, constituye un «relativo sacrificio a la tutela judicial», nos hallamos ante una «opción razonable y equilibrada», si se tiene en cuenta que aquélla es menos grave que anteriormente como consecuencia de la ampliación del plazo de interposición del recurso administrativo de alzada, de la falta de eficacia que la legislación en vigor atribuye, sin límite temporal alguno, a las notificaciones defectuosas y de la ampliación de las potestades administrativas de revisión de oficio».*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007 (RJ 2007/1112) declara la improcedente extensión de efectos de sentencias, haciendo una interpretación restrictiva del artículo 110 de la Ley 29/1998, estableciendo una imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma. Se pretende la evitación de que la extensión sea una vía indirecta para modificar un acto firme. El artículo 110 de la Ley 29/1998 debe interpretarse de forma restrictiva, y en relación con los principios generales que consagra la ley jurisdiccional como es el de seguridad jurídica, por lo que no puede ser una vía indirecta para modificar un acto firme. En el supuesto de la sentencia, el solicitante de la extensión de efectos de las sentencias que le favorecían, había interpuesto recurso Contencioso-Administrativo contra acuerdos que habían confirmado las liquidaciones tributarias practicadas que le afectaban, pero el Tribunal había dictado sentencia antes declarando la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo. Es cierto que entre los motivos de la desestimación del incidente no figuraba, en la redacción original del precepto, la existencia de acto firme y consentido para el interesado, pero es principio fundamental que preside el recurso Contencioso-Administrativo la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos no impugnados en tiempo y forma, que tiene su expresión en el artículo 28 de la Ley. Pues

bien, nada autoriza a entender que este principio no es aplicable en el supuesto del artículo 110, pues otra interpretación significaría establecer distinto régimen en el supuesto de extensión de efectos, quedando sin justificación del distinto trato que recibiría quien vio desestimada previamente por sentencia una pretensión idéntica. La reforma de la Ley Orgánica 19/2003 ha clarificado la situación, sin que pueda interpretarse que el propósito del legislador fuese el de modificar el criterio respecto de la regulación primitiva (17).

Incluso tratándose de anulación de Ordenanzas, no se extenderán los efectos cuando se trate de actos firmes y consentidos, no siéndolo aquellos impugnados únicamente en vía administrativa, pudiendo ser sustituido un nuevo recurso contencioso independiente por el incidente del artículo 110 Ley 29/1998; ni tampoco en los supuestos, tan extendidos en la práctica de autoliquidaciones, cuya firmeza no se produce hasta el transcurso de los plazos para su comprobación. Por tanto, y en conclusión, si se trató de una autoliquidación tributaria y dentro del plazo de comprobación de la misma queda firme una sentencia que afecta a una situación jurídica idéntica, cabrá la extensión de efectos. Pero no cuando se trate de acto consentido de liquidación tributaria notificada en legal forma y consentida.

*h) Que la sentencia se haya dictado en materia tributaria o de personal al servicio de la Administración pública*

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004/3100), 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/3101) y de 27 de enero de 2004 (RJ 2004/1042), vienen a establecer que el artículo 110 de la Ley 29/1998 *tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de las Administraciones públicas, siempre que con él se pretenda restablecer situaciones idénticas, evitando procesos innecesarios.*

1.— Por materia de *personal* ha de entenderse toda pretensión relacionada con el nacimiento, desarrollo o extinción de la relación de servicio con las Administraciones Públicas.

Es preciso aclarar que las excepciones «cuestiones de personal» o «materia de personal» utilizadas en el ordenamiento jurídico procesal, carecen de una definición legal precisa, razón por la cual el concepto ha tenido que ser construido jurisprudencialmente; así la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1990, de 1 de marzo, declaró que «cuestiones de personal» comprende *«todas aquellas incidencias y vicisitudes referidas a los funcionarios públicos respecto de la relación funcional»*, definición reiterada en el Auto del Tri-

---

(17) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007/221).

bunal Supremo resolviendo un recurso de queja de 29 de junio de 1993, o «abarca todo lo relacionado con el nacimiento, permanencia, desempeño o extinción de la relación estatutaria funcionarial, cualquiera que sea la situación del interesado, alcanzando incluso a las pruebas de acceso a tal función y condición (18).

Por otro lado, hemos de estar a lo que delimita la doctrina del término de «materia de personal». En este sentido, VILLAR (19) entiende que se refiere a todas las cuestiones relativas a los funcionarios de carrera o estatutario de régimen general, ya presten sus servicios en la Administración Pública propiamente dicha o en la llamada institucional, incluyendo por tanto a los funcionarios interinos, al personal contratado administrativamente para la realización de trabajos específicos y concretos, y personal contratado laboral, en los casos en que sea competente la jurisdicción administrativa. Para Luis MARTÍN CONTRERAS (20), debe hacerse una interpretación lo más extensa y amplia posible de forma que será de aplicación a todos los supuestos de impugnación de actos o disposiciones referidas en general a la condición funcionarial, aunque quien la impugne no tenga la condición funcionarial, como son los procesos de convocatorias de procesos selectivos, personas que forman las clases pasivas de las Administraciones para las que ya se ha extinguido la relación funcionarial. Para José Luis REQUERO IBÁÑEZ (21), por cuestiones de personal habrá que entender todo aquel litigio referido al personal al servicio de las Administraciones Públicas. Al no hacerse la precisión de que ese personal haya de ser funcionario de carrera, el artículo 110 abarcará a todo tipo de personal, luego también a los funcionarios de empleo o a aquellos cuya relación orgánica aún no ha nacido tal y como ocurre en los procedimientos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas. A su vez, la materia de «personal» abarca los litigios referidos a quienes ya han visto extinguida tal relación, como ocurre, por ejemplo, en materia de clases pasivas.

En relación con las cuestiones de personal, se establece que el artículo 110 de la Ley 29/1998, tiene aplicación, tal y como señalan, entre otras,

---

(18) Las citas jurisprudenciales están tomadas de la monografía *El proceso de personal en la jurisdicción contencioso-administrativa*, de Santiago ROSADO PACHECO, editorial Marcial Pons, 1997, p. 30.

(19) Cita de Carmen María BARRETO HERNÁNDEZ, octubre 2005. *Noticias Jurídicas*, artículos doctrinales: Derecho Administrativo, «La extensión a terceros de los efectos de una sentencia firme en materia de personal al servicio de la Administración pública».

(20) Luis MARTÍN CONTRERAS, *La extensión de efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativo en materia tributaria y de personal*, Editorial Comares, 2000, 1ª edición.

(21) REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, «Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Cuadernos de derecho local*, núm. 8, 2005, pp. 33-49.

las Sentencias de la Sección Séptima de la Sala Tercera (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/3101), de 2 de marzo de 2007 (RJ 2007/1748), de 26 enero 2007 (RJ 2007/811), de 19 de julio de 2007 (RJ 2007/4884), de 4 de enero de 2008 (RJ 2008/137), y de 14 de enero de 2008 (RJ 2008/143): «*cuando un determinado colectivo o grupo de funcionarios se encuentra en idéntica situación respecto a sus retribuciones, encuadramiento en un Grupo de clasificación, Niveles que se les asignan, complementos a los que se creen con derecho, igualdad que reclaman respecto a otro grupo o colectivo de funcionarios por la igualdad de sus servicios, u otros supuestos semejantes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación estatutaria, pero sin que haya existido previamente un acto administrativo que les haya exigido una conducta determinada*».

2.— En segundo lugar, en la *materia tributaria* se incluyen todos los actos de imposición y gestión de los tributos, incluyendo por tanto, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales, pero no otros actos relacionados como los precios públicos, las cotizaciones a la Seguridad Social, las sanciones impuestas al margen del sistema tributario o las cuestiones relacionadas con la intervención administrativa en el mundo de la economía. Por tanto, debe englobarse cualquier cuestión litigiosa referida o relacionada con los diversos tipos de ingresos de las Administraciones Públicas que tenga el carácter de exacción patrimonial coactiva.

2<sup>ª</sup>) Continuamos con los *presupuestos de carácter procesal*:

a) *Competencia territorial*: entendiendo por tal la competencia del juez o tribunal que conozca del incidente.

El artículo 110.1.b) determina que al juez o tribunal a quien se le plantea el incidente en ejecución de una sentencia firme tenga además competencia territorial para conocer del reconocimiento de la situación jurídica individualizada que unos terceros interesan.

La doctrina califica este precepto de confuso, si bien, tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre se mantiene este confuso apartado b). En su actual redacción el artículo 110.2 prevé que la solicitud se dirija al órgano jurisdiccional competente «que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos», es decir, la petición de extensión de efectos se dirige al órgano jurisdiccional que hubiere dictado la sentencia firme.

Se ha de garantizar que la extensión de efectos no permita alterar las reglas de competencia territorial, evitando situaciones como la analizada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/1996, de 29 de enero, en la que

funcionarios de toda España solicitaron la extensión de los efectos de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura; de ahí que se exija que el órgano judicial que conoce del incidente tenga también competencia para dictar la sentencia de reconocimiento de la situación individualizada. El Juez competente para extender los efectos de una sentencia será así el que lo sea para su ejecución; por tanto, el que hubiera dictado la sentencia en primera o única instancia. En otro caso, será necesario interponer un recurso Contencioso-Administrativo independiente ante el órgano jurisdiccional competente y no será posible acudir al incidente de extensión de efectos.

Si tal sentencia ha sido dictada por el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, al extenderse su competencia a todo el territorio nacional, siempre se puede dirigir a ellos.

Otro aspecto importante que hemos de tener en cuenta es el previsto en las Sentencias de la Sección Séptima de la Sala Tercera (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo de 28 abril 2006 (RJ 2006/4585) y de 28 abril 2006 (RJ 2006/4589) que afirman que es cierto que la Ley no exige expresamente que no se haya interpuesto previamente recurso Contencioso-Administrativo, pero la configuración del instituto de la extensión de efectos como mecanismo que evite la reiteración de procesos para obtener el reconocimiento de idéntica pretensión hace que subsista el riesgo de la existencia de resoluciones contradictorias, y se permite al recurrente que utilice simultáneamente el recurso contencioso y la extensión ante Tribunales diferentes con el único propósito de obtener un pronunciamiento favorable en alguno de ellos, bastando en tal caso, con desistir en el otro (22).

En este caso, resulta evidente que dos Tribunales territorialmente distintos no pueden ejercer simultáneamente su competencia para resolver idéntica pretensión, aunque sea a través de dos cauces diferentes, el recurso Contencioso-Administrativo y la extensión de efectos, resultando contrario a la seguridad jurídica dejar en manos del interesado el abandono de la acción pertinente una vez obtenida la satisfacción de su derecho en la otra.

---

(22) Citamos como ejemplo el siguiente caso: la Sección 1ª de la Sala del Tribunal Superior de Cataluña dictó sentencia el 19 de junio de 2003 (PROV 2004/35243) estimatoria del recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por el Sr. Jaime, reconociendo su derecho a ser indemnizado en la cuantía de las retribuciones que le correspondían como funcionario del Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública durante los días que no disfrutó de vacaciones en el año 1997, con sus intereses legales, es decir, la misma pretensión que la declarada en la sentencia cuyos efectos se pretendían extender y que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a pesar de conocer la existencia de dicho recurso Contencioso-Administrativo, volvió a reconocer en los Autos recurridos.

Falta, en consecuencia, la idéntica competencia territorial del Tribunal que dictó la sentencia cuya extensión se solicita (Madrid) y el Tribunal al que se somete el recurrente, al promover el recurso Contencioso-Administrativo (Barcelona), argumento no sustancial en la cuestión debatida.

En consecuencia, al establecer que un Tribunal es competente para conocer de la solicitud de la extensión de los efectos si también lo hubiera sido territorialmente para conocer del recurso Contencioso-Administrativo que dio lugar a la sentencia cuyos efectos se pretenden extender, se persigue adecuar la extensión de efectos, que no es sino un incidente de ejecución de sentencia a la misma competencia territorial que tiene el Juez que la dicta, a fin de que el órgano judicial no pueda, por el cauce de la extensión de efectos, conocer de asuntos para los que no tendría competencia territorial en un recurso contencioso-administrativo (23).

b) *Legitimación*

1.– *Activa*. La extensión de efectos la pueden solicitar las personas que se hallen en idéntica situación que la reconocida en el fallo de la sentencia. Como ya hemos señalado, cuando se trate de materia de personal, las personas físicas ligadas a la Administración por una relación de servicio o bien las profesionales o sindicales cuando actúen por sustitución de aquéllas; y en materia tributaria, las personas físicas y cualesquiera otros obligados tributarios (artículo 35 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

2.– *Pasiva*. La ostenta únicamente la Administración autora del acto impugnado en el proceso contencioso-administrativo que concluyó con la sentencia estimatoria cuyos efectos pretenden extenderse (24).

Si otra Administración ostentara legitimación como parte demandada sería preciso emplazarla como interesada en el incidente de extensión de efectos. En cambio, no será necesario emplazar a los recurrentes en el proceso principal, pues, en principio, la extensión de los efectos de «su sentencia» a terceros en nada les afecta, salvo que se produjeran retrasos o dificultades financieras en la ejecución.

c) *Requisito temporal*

El art. 110.1.c) exige como requisito para que proceda la extensión:

*«c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiera interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste».*

El recurrente podrá ejercitar el derecho a la extensión de los efectos de la sentencia dentro del periodo de un año, plazo que comenzará a compu-

---

(23) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 7ª, de 26 de octubre de 2007, recurso 558/2006, ponente González Rivas, Juan José.

(24) Por ejemplo, no es posible pedir al Consejo General del Poder Judicial la extensión de los efectos de una sentencia en que figuró como autor del acto impugnado el Ministerio de Justicia.



tarse desde que se lleve a cabo la última notificación de la sentencia, o de resolución de los recursos, que se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste. Transcurrido el periodo de un año no se podrá solicitar que se extiendan los efectos a terceros que se encuentren en una situación jurídica idéntica a la del recurrente.

Del cómputo del plazo de un año no se descuentan los días inhábiles, por tratarse de un plazo de caducidad. Los plazos fijados por meses o por años, en aplicación del artículo 5 Código Civil se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

El título VI «Disposiciones comunes a los títulos IV y V» de la Ley 29/1998, en su artículo 128 establece que: «los plazos son improrrogables y una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiera dejado de utilizarse (...)».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 diciembre 2006 (RJ 2007/221) dice:

*«Por otra parte, por evidentes razones de seguridad jurídica, la Ley establece unos plazos para solicitarla. Uno, para formular la petición previa a la Administración, lo que ha de hacerse antes de que transcurra un año de la última notificación de la Sentencia a quienes fueron parte en el proceso. Otro, para acudir a la Jurisdicción: dos meses desde el día siguiente a la notificación de la resolución desestimatoria o desde que se cumplan tres meses de la presentación de la solicitud».*

Por tanto, no se puede aceptar que el plazo de un año que el apartado c) del artículo 110 establece para solicitar la extensión de los efectos de la sentencia anule y deje sin efecto el plazo general de dos meses fijado para recurrir los actos expresos y debidamente notificados a los interesados (artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción), ya que es principio fundamental que preside el recurso Contencioso-Administrativo, nacido de una exigencia ineludible de seguridad jurídica, la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma (artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción).

### **3. Procedimiento**

Su regulación se ha simplificado tras la reforma de la LO 19/2003, al eliminarse la previa vía administrativa, que solía ser una fase inútil al concluir generalmente con la desestimación presunta de la solicitud. La consecuencia de esta reforma es la simplificación del procedimiento acortando los plazos.

Respecto a quién debe dirigirse la solicitud, el artículo 110, 2, tras la reforma de la LO 19/2003 dice: *La solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos...»*

El artículo 110.2, en este apartado se exige que la solicitud de la extensión de los efectos de la sentencia firme se dirija al órgano jurisdiccional competente que la hubiera dictado, y no a la Administración demandada, como ocurría con la anterior redacción, consiguiéndose con ello mayor agilidad en la ejecución de la sentencia firme.

La petición deberá hacerse directamente al órgano judicial competente para la ejecución del fallo, por medio de un escrito razonado que irá acompañado del documento o documentos acreditativos de la identidad de situaciones y de que no concurre ninguna de las circunstancias del párrafo 5 del artículo 110. Se trata, por lo tanto, de facilitar al máximo el trabajo del órgano jurisdiccional, pues el interesado tiene la carga de alegar y acreditar; además, es la Administración quien soporta la carga de informar sobre la imposibilidad de extender los efectos.

El artículo 110.5 establece, no obstante, reglas de desestimación que ahora y tras la Ley Orgánica 19/2003 también lo son de inadmisión. Así se desestimarán cuando haya cosa juzgada, si la doctrina determinante del fallo cuya aplicación se pretende fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso del artículo 99; como novedad, es causa de desestimación o, en su caso, de inadmisión, si el interesado hubiere consentido la resolución que fue objeto de recurso jurisdiccional en el que recayó la sentencia cuyos efectos se interesa extender. La duda que pende sobre este requisito es la de su constitucionalidad a la vista de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1998, de la que cabe deducir que se da más valor a la igualdad en la aplicación de la ley frente a la seguridad jurídica derivada de la inatacabilidad de un acto consentido y firme por no haber sido impugnado ni en vía administrativa ni, en su caso, en vía judicial.

Se tramita por el procedimiento de los incidentes, pudiéndose acordar por el órgano judicial la celebración de vista.

El Juez o Tribunal antes de resolver recabará de la Administración el envío de las actuaciones y si las enviara en el plazo de veinte días, dará traslado por tres días a las partes para que puedan formular alegaciones, resolviendo a continuación por medio de resolución en forma de Auto. De esta manera, el juez o tribunal aprecia la posibilidad o imposibilidad de extender los efectos sobre la base del escrito razonado y la documental que se acompaña, más los antecedentes que le remita la Administración, el informe pre-

ceptivo que debe aportar y, en su caso, lo que se alegue a la vista de esos antecedentes. Aun así, no deja de ser confuso el párrafo 4 del artículo 110, pues las actuaciones, por un lado, se ponen de manifiesto «a las partes» por plazo común de tres días y, en su caso y por otro lado, se emplaza a los «interesados directamente afectados por los efectos de la extensión».

Esa diferenciación entre partes e interesados en el incidente de extensión no se acaba de entender pues no parece que deben intervenir los que fueron parte —al menos recurrente, pues la recurrida, es decir, la Administración, siempre será la misma— en el litigio que finalizó por la sentencia cuyos efectos se pretenden extender; y la cláusula «en su caso» no tiene mucho encaje, pues en la puesta de manifiesto de las actuaciones lo único que tiene sentido es oír al interesado que promueve el incidente sobre lo informado por la Administración. Si es favorable, huelga ese trámite, y por el contrario, si es desfavorable se oír al promotor y, además, a la defensa de la Administración que ya ha manifestado su parecer en ese informe.

Como prevé el apartado quinto, como ya hemos avanzado anteriormente, no podrá hacerse uso de esta posibilidad cuando existiere cosa juzgada o, también, cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se pretenda resulte contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se trate exclusivamente de derecho autonómico, o cuando el particular que pretendiere la extensión hubiera consentido la actuación administrativa originariamente impugnada.

Esta cautela revela que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia sino que, en todo caso, es necesaria una labor interpretativa del Juez, pues, en último caso, las razones de economía procesal y celeridad que aconsejan esta solución, no pueden ser contrarias al principio de seguridad jurídica.

Termina diciendo el Artículo 110.7: «*El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas en el artículo 80*». Se remite al artículo 80 de la misma, que establece que la apelación de los autos se regirá por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretenda.

El auto que concede la extensión de efectos es recurrible en casación. Conforme al artículo 87.2 de la Ley 29/1998, «serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111», previa interposición del recurso de súplica.

### **III. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 111 Y SU RELACIÓN CON EL 37.2 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA; EL LLAMADO «PROCEDIMIENTO TESTIGO»**

La segunda medida para hacer frente a los actos en masa es la regulada en el artículo 111, que prevé la posibilidad de acordar la suspensión de la tramitación de una serie de recursos idénticos a otros cuya tramitación continúa, y solicitar posteriormente la extensión de la sentencia recaída a los procesos que habían quedado suspendidos.

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva se ejercita y se satisface de acuerdo con los procesos y actuaciones procesales establecidas en la Ley, y entre ellas figura en la Ley 29/1998, además de la acumulación de autos, el sistema alternativo de elección de uno o varios procesos testigos para la ulterior extensión de efectos *ultra partem* de la sentencia recaída, observando las garantías de audiencia y de defensa que establece el artículo 37.2, en relación con los artículos 111 y 110, apartado 3, 4 y 5, todos ellos de la Ley 29/1998.

Este artículo 111 debe interpretarse necesariamente en relación con el artículo 37.2 de la Ley 29/1998 (tras la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre). El artículo 37.2 supuso una de las más significativas novedades introducidas por la Ley 29/1998, diciendo expresamente en su Exposición de Motivos que supone una de las mejoras técnicas introducidas respecto de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, y su finalidad reside en agilizar la tramitación de las causas. Estima la citada Exposición de Motivos que «de esta manera se puede eludir la reiteración de trámites, pues los efectos de la primera o primeras sentencias resultantes podrían aplicarse a los demás casos en vía de ejecución o, eventualmente, podrían inducir al desistimiento de otros recursos». Al servicio de dichas finalidades, la ley permite al Juez o Tribunal, ante el que pende una pluralidad de recursos con idéntico objeto, en lugar de acumularlos, elegir uno o varios «procesos testigos» (*Leader case*) para tramitarlos con carácter preferente, suspendiendo el curso de los demás hasta que dicte sentencia en aquél o aquellos (25).

Según lo establecido en el artículo 37.2 de la LJCA, «*cuando ante un juez o tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de*

---

(25) STS de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2007/221).

*cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros».*

La previsión del artículo 37.2 Ley 29/1998 está regulada tanto en el mismo capítulo de la Ley 29/1998 en que aquel precepto se integra (Capítulo III del Título III) como, de manera supletoria (Disposición Final Primera Ley 29/1998) por los artículos 74 a 98 (Capítulo II, Título III, Libro I) de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero.

## **1. Naturaleza jurídica**

El Tribunal Supremo considera —entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, de 15 de enero de 2007 (RJ 2007/1112)— que la previsión del citado artículo de la Ley 29/1998 constituye, realmente, una alternativa a la acumulación de autos, sucesiva, por reunión de procesos, siendo el efecto propio de dicha acumulación el que se siga en un solo procedimiento dos o más procesos con idénticos objetos y que estos sean resueltos en una misma sentencia. Es decir, en todo caso se configura como un instrumento procesal alternativo.

## **2. Ámbito objetivo**

El ámbito objetivo de este artículo 111 es más amplio que el del artículo 110, ya que si bien en ambos casos nos hallamos ante la posibilidad de extender los efectos de las sentencias estimatorias de pretensiones de plena jurisdicción, la extensión del artículo 111, a diferencia del artículo 110, no se limita a las materias de personal y tributaria, aunque lógicamente éste es el ámbito en el que, por regla general, se producirá este mecanismo procesal. Además, la restricción que a la aplicación efectiva del artículo 110 implica la excepción del acto firme y consentido que obliga al interesado a recurrir el acto administrativo una vez firme, se traducirá en una mayor aplicación de esta figura, como medio de simplificar la tramitación procesal de recursos idénticos, y es así como sucede en la práctica contenciosa.

El Tribunal Supremo argumenta que la diferenciación entre sentencias que reconozcan situaciones jurídicas y las anulatorias no resulta justificada en lo que respecta a la previsión del artículo 37.2 de la Ley 29/1998, porque al tratarse de una acumulación de autos alternativa, es aplicable también a procesos en los que la pretensión sea la mera anulación, cuando los actos impugnados son distintos, siempre que la pretensión y la *causa petendi* sean las mismas. Por tanto, si la sentencia en el proceso testigo anula el acto objeto de su pretensión, la extensión de efectos de aquella comportará nece-

sariamente la anulación de los actos impugnados en los procesos suspendidos. O, dicho en otros términos, si la limitación a las pretensiones de plena jurisdicción tiene justificación en el incidente de extensión de efectos de la sentencia del artículo 110, carece de tal justificación en el mecanismo procesal del «proceso testigo», contemplado en el artículo 37.2 Ley 29/1998 como alternativa a la acumulación de autos que, si bien se remite al artículo 110 Ley 29/1998, sólo a los apartados 3, 4 y 5 del precepto, esto es, en cuanto al procedimiento a seguir y a la fundamentación desestimatoria del incidente, no siendo, por tanto, incompatible con los procesos de mera anulación, en los que se den los requisitos establecidos en el propio artículo 37.2 Ley 29/1998 (26).

### 3. Requisitos

Para que sea posible la elección del proceso o procesos de tramitación preferente, es preciso la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.— La competencia atribuida al órgano jurisdiccional que tuviere conocimiento de una pluralidad de recursos.

2.— Pendencia de una pluralidad de recursos.

Así lo ha expresado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de junio de 2004 núm. 702/2004 (JUR 2004/219921) al indicar que de entre las novedades que introdujo la Ley 29/1998 destacan, por su novedad, las relativas a la presencia de fenómenos masivos de recursos, suscitados por pluralidad de recurrentes respecto de resoluciones administrativas de contenido idéntico e impugnadas por motivos del todo análogos, lo que se produce siempre con el designio de propiciar el principio de economía procesal y de evitar la reiteración de múltiples procesos innecesarios.

3.— Que los recursos posean idéntico objeto

La exigencia de identidad de objetos, lo que supone identidad de pretensiones, por igual *causa petendi*, formuladas contra la misma o distintas, pero iguales, disposiciones, actos o actuaciones administrativas, formuladas por distintas personas en procesos diferentes. Es decir, es preciso que sea lo mismo lo pedido del Tribunal, y también que la razón de pedir sea también idéntica.

4.— El trámite de audiencia a las partes por plazo común de cinco días.

---

(26) STS de 15 de enero de 2007 (RJ 2007/1112).

#### 4. Órgano que toma la decisión

Este régimen de extensión de efectos, alternativo a la acumulación, plantea diversos problemas. Así, la Ley faculta al órgano jurisdiccional para acumular o seleccionar un recurso para su tramitación preferente, pero no facilita criterio alguno para elegir el recurso que ha de ser tramitado. De esta manera, la elección final puede no recaer en la demanda mejor fundamentada jurídicamente, o puede no convenir a los litigantes cuyos procedimientos quedan en suspenso, por no hablar de sus representantes procesales, lógicamente interesados en la continuación de las actuaciones en que prestan sus servicios profesionales (27).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007 (RJ 2007/1112), dice en su fundamento de derecho tercero que la iniciativa y, desde luego, la decisión de optar por el mecanismo procesal contemplado en el artículo 37.2 Ley 29/1998, en lugar de por la acumulación de autos, corresponde al Juez o Tribunal ante el que están pendientes pluralidad de procesos con idéntico objeto, aunque no se descarte una posible solicitud de alguna de las partes.

#### 5. Procedimiento

El artículo 37.2 prevé que cuando ante un Juzgado o Tribunal se tramiten una pluralidad de recursos con idéntico objeto, se tramiten sólo uno o varios quedando el resto en suspenso.

Se requiere la previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días a las partes afectadas, que no pueden oponerse a la suspensión aunque ésta les pueda suponer un hipotético retraso respecto de la fecha previsible de resolución de su recurso. Una vez producida, si el Juez o Tribunal considerase procedente actuar de acuerdo con las previsiones de este artículo 37.2, acordará la suspensión de los demás autos, decisión que, aunque no se diga expresamente requerirá una resolución expresa dictada en tal sentido en la que se habrá de mencionar la razón de la suspensión y la aplicación de este precepto.

Cuando se dicte sentencia en el procedimiento o procedimientos primeros —los llamados procedimientos testigo— deberá notificarse ésta a los que sean partes en esos recursos suspendidos, las cuales a partir de aquel momento deberán optar por alguna de las alternativas previstas por el artículo: solici-

---

(27) *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, editorial Aranzadi, Obra colectiva coordinada por Manuel Rivero González.

tar la extensión de los efectos de dicha sentencia o desistir. El artículo 37.2 Ley 29/1998 fue modificado por la Disposición Adicional 14ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre en este punto, y dispone que después de notificada la sentencia recaída en el proceso o procesos testigos, sólo cabe la extensión de efectos o el desistimiento del recurso; de manera que de no hacerse así, se ha de llevar testimonio a los recursos suspendidos, sin admitir la petición de la continuación de aquellos.

Las partes afectadas en los recursos suspendidos pedirán que se les aplique el artículo 111 si la sentencia es estimatoria, pero si no lo es, antes de la Ley Orgánica 19/2003 quedaba en sus manos seguir el procedimiento, sin que el Juez o Tribunal pudiese acordar el sobreseimiento; tras la citada reforma y a instancia del Consejo General del Poder Judicial, se introdujo el párrafo 3, de forma que si no media desistimiento el Juez o Tribunal une a los recursos suspendidos testimonio de la sentencia recaída en el llamado «recurso-testigo»; es decir, ya no cabe solicitar la continuación del procedimiento, como cabía con la redacción inicial del precepto. Es más, para agilizar y potenciar este mecanismo se advierte que de hacerlo (desistir) se llevará testimonio a los recursos suspendidos. Se pretende así evitar que quede una serie de recursos pendientes por la mera inactividad de los partes afectadas por la suspensión.

Si los interesados optan por la aplicación del artículo 111, podrán solicitar la extensión de efectos personándose en trámite de ejecución, entonces lo que se hace es seguir para tal caso el procedimiento del artículo 110.3, 4 y 5, es decir, se retoma el procedimiento en forma de incidente y se concluye en la forma antes vista. Ahora bien, la remisión que el artículo 37.2 Ley 29/1998 hace al artículo 111, y éste a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110, es de carácter parcial a los efectos de integrar los trámites procedimentales y determinar el contenido de la decisión posible del incidente, según el limitado control que le corresponde. Esto es, se trata de completar la previsión del mecanismo alternativo a la acumulación de autos mediante la aplicación del procedimiento previsto en dichos apartados para la extensión de la sentencia, sin que ello suponga alterar la verdadera naturaleza de la institución. A ella, sin duda, es aplicable la exigencia de que los procesos se encuentren en la misma instancia y pendientes ante un mismo Juez o Tribunal, pero no cabe cuestionar la posibilidad de adoptar una decisión declarativa en la resolución que ponga término al incidente. Por el contrario, forma parte de su naturaleza el que, en el supuesto de ser estimatorio, el auto adopte los pronunciamientos necesarios para hacer efectiva la proyección de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento o procedimientos testigos seguidos a los demás que quedaron suspendidos, como es, desde luego, la reproducción del fallo anulatorio a los diferentes actos en ellos contemplados.



Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007 (RJ 2007/1112) en el fundamento de derecho quinto, continua diciendo que el apartado 5 del artículo 110 Ley 29/1998, aplicable por remisión del artículo 111 Ley 29/1998, no permite un control pleno de la sentencia cuya extensión de efectos se cuestiona. Pues, con independencia de la suspensión de la decisión, si se encuentra pendiente un recurso de casación en interés de la ley, dicho precepto se limita a establecer la desestimación cuando exista cosa juzgada, o cuando la doctrina determinante del fallo sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99 Ley 29/1998. Así pues, los estrictos términos que configuran el recurso de casación en relación con los Autos dictados en aplicación del artículo 37.2 Ley 29/1998 no permiten considerar la disconformidad plena al ordenamiento jurídico de la sentencia de origen, sino sólo la existencia de cosa juzgada o la contradicción con la jurisprudencia.

Efectivamente, el control judicial que se puede realizar respecto de los citados autos se limita a verificar la concurrencia de los requisitos establecidos en el propio artículo 37.2 y en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110 Ley 29/1998. Presupuesto necesario por ello es la firmeza de la sentencia cuya corrección jurídica esta Sala no puede ya revisar, salvo que, como se ha señalado, se invoque que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Si las sentencias dictadas en los recursos testigo fueran desestimatorias convendrá activar el empleo de la condena en costas en los otros, por temeridad sobrevenida, a fin de evitar que el desinterés que pudiera haber surgido en relación a la terminación de unos procedimientos cuya suerte se conoce, lleve a la tramitación de cada uno de ellos hasta el final como si nada hubiera pasado.

Por último la doctrina afirma que alberga grandes peligros el fenómeno de la extensión de efectos de una o varias sentencias antes de haberse podido pronunciar el Tribunal Supremo sobre lo controvertido —y aun en este caso—, vista la clara posibilidad de que la doctrina jurisprudencial corrija lo juzgado por los Tribunales inferiores y vista incluso la posibilidad de rectificación de su propia doctrina por el Alto Tribunal.

#### **IV. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 72 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

Las sentencias estimatorias tienen eficacia de cosa juzgada y producen efectos directos en el ámbito de las relaciones jurídico-materiales, aunque para la determinación de su ámbito subjetivo deben distinguirse según que acojan pretensiones de anulación o sean estimatorias de pretensiones de plena jurisdicción.

En las primeras, el fallo se limita a declarar no ser conforme a Derecho y, en su caso, anula total o parcialmente el acto o la disposición general impugnada. En las segundas, la parte dispositiva reconoce, además, una situación jurídica individualizada y adopta cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

A los efectos de que se trata, la extensión subjetiva de la cosa juzgada, son incluíbles en este segundo grupo las sentencias que estiman pretensiones dirigidas contra la inactividad de la Administración, conforme al artículo 29 y también las que, resolviendo sobre pretensiones dirigidas contra una actuación material constitutiva de vía de hecho, ordenan el cese de la misma y que se adopten las medidas previstas en el artículo 31.2.

Así, hemos de distinguir:

1.- *Sentencias estimatorias de pretensiones de anulación.* A las sentencias estimatorias de pretensiones de anulación resulta incuestionable la aplicación del artículo 72.2 Ley 29/1998, de manera que producen efectos para las partes y para todas las personas afectadas. De manera explícita, para las sentencias firmes que anulen una disposición general el precepto dispone que tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo en el periódico oficial (BOE, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia) en que lo hubiere sido la disposición anulada. Publicación de las sentencias firmes que también se establece, en los mismos términos, por evidentes razones de seguridad jurídica, para las que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

La jurisprudencia se ha mostrado constante en reconocer la eficacia *erga omnes* de la sentencia estimatoria del recurso, en cuanto la misma anula el acto impugnado, aunque no haya unanimidad a la hora de precisar la naturaleza de dicha eficacia.

2.- *Sentencias estimatorias de pretensiones de plena jurisdicción.*

La Ley 29/1998, de forma expresa dispone que «la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes». La extensión de tales efectos

tos, conforme a los artículos 110 y 111 de la Ley sólo está prevista en materia tributaria, de personal al servicio de Administración pública y de suspensión de la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2 Ley 29/1998.

Respecto al plazo para efectuar las reclamaciones de indemnizaciones después de una sentencia anulatoria de un acto o reglamento, si bien la cuestión ha sido polémica en nuestra Jurisprudencia y en el Tribunal Constitucional, ha sido zanjada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de fecha 20 de enero de 2000 (Caso Miragall Escolano y otros), y dice que los plazos deben empezar a contar desde el momento en que los interesados pueden conocer efectivamente las decisiones judiciales.

Fuera de los dos supuestos expuestos, contemplados en el artículo 72.3 en relación con los artículos 110 y 111 de la ley, la extensión subjetiva *ultra partes* de las sentencias que reconocen situaciones jurídicas individualizadas no puede ampararse en el concepto técnico de la cosa juzgada. Y resulta, asimismo, vedada la utilización del incidente de ejecución de sentencia para comprobar la identidad de situaciones, requerida para extender la eficacia del fallo a quien no ha sido parte del proceso.

## V. CONCLUSIÓN

Como hemos señalado al comienzo, la finalidad de los preceptos analizados responden, tal y como indica la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, a «aliviar» y «descongestionar» el orden contencioso-administrativo, caracterizado en ése momento por la saturación de asuntos.

De este modo, con la vía del artículo 110 se pretende, como regla general, evitar una larga vía administrativa, especialmente en materia tributaria respecto del procedimiento de reclamaciones económico-administrativas. No obstante ello, hemos de tener en cuenta que el artículo 110 puede implicar un auténtico nuevo proceso contencioso-administrativo seguido esta vez por los trámites de los incidentes, pero un proceso encubierto aun cuando con la reforma de la LO 19/2003 se haya pretendido su simplificación. Si el asunto es idéntico al resuelto por sentencia firme el trámite y la resolución serán rápidos; ahora bien, si la apreciación de la identidad requiere un detallado enjuiciamiento de las circunstancias del caso se habrá tramitado de hecho un nuevo proceso contencioso-administrativo.

El artículo 110.1.a) convierte en requisito de procedibilidad lo que puede ser el fondo del incidente, esto es, determinar que se esté en idéntica situación jurídica. Esta circunstancia puede llevar a que, tramitado el incidente, se

salde con un auto denegatorio y que obligue a incoar un nuevo procedimiento, con lo cual la economía procesal como objetivo no se habrá logrado. Cabe, por tanto, pensar que el Juez o Tribunal pueda inadmitir el incidente cuando a la vista del escrito razonado del artículo 110.3 no se aprecie identidad de situaciones jurídicas.

Ha de concluirse, pues, en una interpretación amplia de los requisitos y presupuestos del artículo 110, que convierta a este mecanismo procesal en un instrumento hábil para cumplir las finalidades perseguidas, siempre dentro de las concretas materias a las que se ciñe, esto es, la tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública, para evitar la tramitación de sucesivos procesos que, fatalmente, han de terminar con una resolución idéntica (en su sentido y en sus fundamentos) a la inicial, con la consiguiente lesión del principio de economía procesal y la multiplicación de litigios totalmente prescindibles, que no han hecho sino contribuir a la saturación y al período crítico de este orden jurisdiccional.

Con respecto a la tramitación suspendida con arreglo al artículo 37.2 del artículo 111 Ley 29/1998, el núcleo del problema es la interpretación de la expresión «identidad de objetos» que establece el artículo 37.2. Son candidatos idóneos para la aplicación de este mecanismo de simplificación procesal aquellos litigios en que la cuestión verse acerca de un aspecto jurídico en sentido estricto, y la controversia acerca de los hechos sea nula. Por contra, aspectos en principio fáciles de apreciar, pero claramente relacionados con una actividad probatoria de parte, o más simplemente con la apreciación casuística de las circunstancias concurrentes en cada expediente, no se acomodan al diseño de este sistema.

Por otra parte, la utilización del mecanismo del artículo 37, tiende a permitir solventar, con economía de esfuerzos y mayor rapidez, conjuntos de recursos en los que, aunque no concurren requisitos de identidad de personas, ni tampoco de plena identidad del acto administrativo que determinarían el mecanismo ordinario de la acumulación, planteen, sin embargo, una problemática jurídica idéntica que permita extender igual solución sobre la base de idénticos presupuestos. Por ello se hace difícil delimitar, con carácter previo y abstracto cuáles son los perfiles de la identidad de objeto a que se refiere el legislador que renunció a perfilar con mayor detalle en qué consiste la «identidad de objeto».

Podríamos concluir, ahora, que habrá identidad de objeto cuando, concurriendo análogos presupuestos de hecho en los distintos litigios (tipo o testigo y los suspendidos), pueda concluirse que, en efecto, la resolución dictada en el recurso tipo permita solucionar, mediante su extensión a los recursos suspendidos, la cuestión litigiosa planteada.

Por ello, habrá de estarse a cada caso, no sólo de los aspectos objetivos del litigio testigo y los suspendidos, sino también del planteamiento jurídico de la impugnación.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBAR GARCÍA, Javier; OLIVÁN DEL CACHO, Javier; ZAPATA HÍJAR, Juan Carlos, *Ejecución de sentencias, procedimientos y garantías*, Vol. I, Editorial Dialnet, 2007.
- BARRETO HERNÁNDEZ, Carmen María, «La extensión a terceros de los efectos de una sentencia firme en materia de personal al servicio de la Administración pública», *Noticias Jurídicas*.
- CABALLERO GEA, José Alfredo, *Procedimientos Contencioso-Administrativos, síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales y Fiscalía General del Estado*, Editorial Dykinson, 2007.
- CALVO DÍAZ, G., «Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los tribunales de Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Actualidad Administrativa*, nº 30, de julio de 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Código de las Leyes Administrativas*.
- Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Dirección Enrique ARNALDO ALCUBILLA; Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, 2ª edición, 2006, edita La Ley y El Consultor de los Ayuntamientos y los juzgados.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudio sistemático*, Colección monografías, Coordinador BENIGNO PENDÁS GARCÍA, Editorial Praxis.
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel, *La «materia de personal» en la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis, «El artículo 110 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 420, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 1999.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis, *La extensión de efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativo en materia tributaria y de personal*, Editorial Comares, año 2000.
- MARTÍNEZ-VARES, VICTORIA; ELÍAS NAVARRO, JAIME; ÁLVAREZ CARO, MARÍA; LÓPEZ ABADÍA, Carlos, «Análisis del artículo 37.2 de la LJCA», artículo doctrinal del *Diario Expansión*, del día 27 de marzo de 2007.

- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, «Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Cuadernos de derecho local*, Número 8, 2005, págs. 33-49.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia. «La nueva regulación de extensión de los efectos de la sentencia a terceros», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 633 (Comentario), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2004.
- RUIZ RISUEÑO Francisco, *El proceso contencioso-administrativo*.
- Código de Leyes administrativas*, editorial Thomson, Civitas, decimocuarta edición, tomo I: GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, MUÑOZ MACHADO SANTIAGO, MESTRE DELGADO JUAN FRANCISCO.
- Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, editorial Aranzadi, obra colectiva coordinada por Manuel RIVERO GONZÁLEZ.
- Código de Leyes administrativas*, editorial Aranzadi.
- Base de datos de lustel, El Derecho, Vlex, Westlaw.
- Boletín Oficial del Estado.
- Diario «La Ley», de 5 de abril de 2007.

# **DERECHO COMPARADO**

# **BREVE APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR. ASPECTOS ESENCIALES Y ELEMENTOS CONTRASTANTES CON EL MODELO ESPAÑOL**

SARA ELIZABETH VENTURA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE 1978.— II. EXAMEN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 1. Tribunal competente. 2. Parte actora: análisis de la legitimación activa. 3. Parte demandada: la Administración pública en El Salvador. 4. Terceros.— III. ESTUDIO DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL JUICIO CONTENCIOSO: 1. Examen de la actuación administrativa sujeta a control jurisdiccional: el acto administrativo, el silencio denegatorio presunto y la impugnación indirecta de reglamentos. 2. Límites negativos.— IV. ESTRUCTURA DEL JUICIO CONTENCIOSO: INICIO, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN DEL PROCESO.— V. DEL PAPEL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: REFLEXIÓN SOBRE LA APARENTE LIMITACIÓN IMPUESTA POR LA LEY DE LA MATERIA A LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO IMPUGNADO.— VI. RECURSOS PROCEDENTES EN EL CONTENCIOSO CONTRA LAS SENTENCIAS. MEDIDAS PARA EJECUTAR LAS SENTENCIAS.— VII. COMENTARIOS FINALES.— VIII. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El presente artículo analiza las principales características del proceso contencioso-administrativo en El Salvador según la Ley reguladora de 1978, haciendo una comparativa con las del proceso contencioso en España.

*Palabras clave:* jurisdicción contencioso-administrativa; acto administrativo; silencio administrativo; medidas cautelares; ejecución de sentencias.

*ABSTRACT:* This paper analyzes the main characteristics of administrative contentious proceedings in El Salvador according to the Law in this matter which dates back to 1978, making a comparison with those of the Spanish administrative contentious process.

*Key words:* administrative contentious proceedings; administrative act; administrative silence; precautionary measures; execution of sentences.



## I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE 1978

El control judicial de la Administración pública se configuró en El Salvador desde hace —aproximadamente— treinta años, en los albores de una guerra civil. El conflicto armado y sus nefastas consecuencias explican los reiterados esfuerzos de la ciudadanía y, además, del gobierno por hacer llegar la justicia a toda la población y garantizar a los particulares sus derechos.

En la actualidad se vislumbra un cambio en la realidad social y política del país. Sin embargo, es imperante continuar con la eliminación de los ámbitos de impunidad administrativa. Con la finalización de una década de guerra y la instauración de una nueva democracia, se apuesta por mejorar el sistema judicial y juristas salvadoreños han presentado a la Asamblea Legislativa Proyectos de modificación a la actual Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, a fin de perfeccionar el funcionamiento de la misma.

La jurisdicción contencioso administrativa tiene una génesis reciente en el sistema jurídico salvadoreño. Es, pues, en la Constitución Política de 1939 cuando se concibe por primera vez que el Poder Legislativo pueda erigir una jurisdicción especializada en materia contencioso administrativa, el referido texto expresaba: «Art. 77. *Corresponde a la Asamblea Nacional: (...) 17 § «Erigir jurisdicciones y establecer en ellas funcionarios que, a nombre de la república, conozcan, juzguen y sentencien toda clase de causas o negocios civiles y criminales, a propuesta de la corte suprema de justicia; y, a propuesta del poder ejecutivo, para que conozcan, juzguen, sentencien y hagan ejecutar lo juzgado en toda clase de asuntos administrativos».* Posteriormente, las Constituciones Políticas de 1950 (art. 46) (1) y 1962 (art. 47) reproducen, en términos idénticos, lo expuesto por el texto transcrito.

En el anteproyecto de Constitución del año 1949 —elaborado por los doctores David Rosales, Héctor Henríquez Jiménez, Mauricio Guzmán y Fernando Basilio Castellanos— se ponderó la idea de crear un tribunal especializado en materia contencioso administrativa; sin embargo, la Asamblea Constituyente de 1950 no aceptó la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo dentro del Capítulo VIII, que trataba de las atribuciones del Poder Judicial, dejándose como único vestigio del tema la posibilidad que la Asamblea creara, vía ley, la jurisdicción especializada.

---

(1) Art. 46.— Corresponde a la Asamblea Legislativa: (...)13º— Erigir jurisdicciones y establecer cargos, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, para que los funcionarios respectivos conozcan en toda clase de causas criminales, civiles, mercantiles o laborales y a propuesta del Poder Ejecutivo para que conozcan en toda clase de asuntos contencioso-administrativo.

En la década de los años setenta, el Ministerio de Justicia pone en marcha un proyecto para darle nacimiento a la jurisdicción contenciosa. Durante la elaboración del referido texto surgen las primeras disputas de orden político institucional, las cuales versaban sobre la posición estructural de dicho tribunal, se discutía sobre la viabilidad de incardinarlo en el seno del Poder Ejecutivo o en del Poder Judicial. La problemática fue sometida a discusión en la Segunda Convención Nacional de Abogados, en la cual se analizó la normativa constitucional y se llegó a la conclusión que la decisión más acertada era situar a la jurisdicción contenciosa dentro del Poder Judicial.

Dichas conclusiones se retomaron por el Ministerio de Justicia (2), el cual presentó en agosto de 1978 al Poder Legislativo el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (3) y, a su vez, un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, para acoplar la creación del nuevo Tribunal a la estructura jurisdiccional existente. El referido proyecto fue puesto a disposición de la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, emitiéndose el 11 de noviembre de 1978 un dictamen favorable en relación con el mismo. Finalmente, se aprobó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el 14 de noviembre del mismo año, por medio del Decreto Legislativo número 81; y, además, se creó la Sala de lo Contencioso Administrativo (4).

De la exposición de motivos se extrae que los creadores del anteproyecto tenían como objetivo crear un cuerpo legal acorde a los principios fundamentales de la época y, a su vez, establecer un control eficaz de la actuación de la Administración pública. Los redactores exponían: *«Se trata de un instrumento legal, en cuya redacción han sido tomados en cuenta principios que figuran en el Derecho Administrativo y preceptos contenidos en códigos y leyes de otros Estados, relativos a esta materia; pero dentro del marco de nuestra tradición jurídica, tanto en lo que respecta a los órganos de la jurisdicción, como en el procedimiento que se establece.»*

La Constitución salvadoreña vigente —de 1983— otorga pleno reconocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa en el art. 172, el cual prevé que es competencia del Órgano Judicial juzgar a la Administración pública. En suma, el sistema jurídico salvadoreño opta por un modelo de con-

---

(2) AYALA, José María y otros, (2003) *Manual de Justicia Administrativa*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, pp. 127-132.

(3) La Secretaría de la Asamblea Legislativa tramitó el proyecto de la jurisdicción contenciosa bajo el número de expediente 202-8-78.

(4) CUESTAS, Humberto, «Breve reseña histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo», artículo publicado en la Revista «Sentencias», Separata de la Revista Judicial Tomo 2, Quince años de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, San Salvador, Editado por la Corte Suprema de Justicia, pp. 1039-1057.

trol externo de la Administración, al igual que el sistema español, y no por el sistema de justicia retenida que aún prima en el Derecho francés.

## **II. EXAMEN SUBJETIVO DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **1. Tribunal competente**

En El Salvador, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en adelante LJCAS, prescribe «*Art. 1. Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo*». Es, pues, dicha disposición la que establece a la Sala como el único tribunal competente para verificar la legalidad de la actuación administrativa, en todo el territorio y para todas las cuantías. Se debe hacer notar que no existe un grado superior que revise las decisiones adoptadas por dicho tribunal.

La configuración de ese único ente jurisdiccional —cuya sede se encuentra en San Salvador, capital del país— plantea dudas sobre el fiel cumplimiento a la garantía de acceso a la jurisdicción, proclamado por el art. 2 de la Constitución Salvadoreña, en adelante CS.

A pesar que El Salvador no es un país muy extenso geográficamente, es innegable que constituyen un impedimento —para el desarrollo de esta jurisdicción— las distancias que deben recorrer los particulares para controvertir la legalidad de las decisiones tomadas en sus localidades. La insuficiente red vial y los reducidos ingresos económicos con los que cuenta el ciudadano promedio confirman dicha situación. Existe una multiplicidad de casos que se configuran como de escasa cuantía y que, sin embargo, afectan profundamente la situación jurídica de los particulares, a saber: la remoción de un puesto de trabajo después de un procedimiento administrativo sancionador.

Es debatible la conveniencia de mantener este sistema de instancia única, y además centralizada en la capital. Los particulares encontrarían mayor respaldo en el sistema de justicia, si existiese un mayor número de juzgados que pudiese conocer de sus casos en un entorno más próximo a su localidad. Con dicha medida se obtendría un doble beneficio, por una parte se produciría una reducción en los costos económicos, tanto para la Sala como para los particulares —quienes no están dotados de los recursos necesarios para sufragar los gastos que acarrea un juicio de esta naturaleza— y permitir que en la Corte Suprema se ventilen únicamente los casos de mayor relevancia y que necesiten de mayores medios técnicos para su resolución.

En la configuración de la planta judicial, se encuentra el primer punto de distinción entre la jurisdicción salvadoreña y la española. En España existe una compleja planta jurisdiccional (5): Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; lo cual contrasta abiertamente con la instancia única con la que cuenta El Salvador.

Un hecho indudable es el aumento de la conciencia ciudadana y de la intención de impugnar las decisiones arbitrarias de la Administración pública, a pesar de los costes económicos que acarrea. Suceso que debe servir de incentivo para que el Órgano Judicial tome las medidas tendentes a garantizar el acceso a la justicia, que puede potenciarse por medio de la instauración de Juzgados de lo contencioso Administrativo en las principales ciudades del país. Este espíritu de cambio se recoge en un reciente proyecto de ley, elaborado en el seno de la Corte Suprema de Justicia y aun sujeto a discusión del Pleno de la Corte.

## 2. Parte actora: análisis de la legitimación activa

La legitimación es un tema medular en el derecho procesal. En cuanto a la iniciación de un juicio contencioso en El Salvador es un hecho incuestionable que la legitimación activa —entendida como la capacidad de comparecer en un proceso concreto— está determinada por la relación previa que el particular tiene con el *acto administrativo* que pretende impugnar, debido al limitado objeto de control del juicio contencioso, el cual será posteriormente analizado. En los términos expuestos por la Sala de lo Contencioso Administrativo:

*«La legitimación en el proceso contencioso administrativo resulta de la relación previa entre un sujeto y un determinado acto administrativo, relación que hará legítima la presencia del sujeto en el concreto proceso en que se impugne dicho acto...» (6).*

La legitimación activa —al igual que en otros países— es un tema de análisis, ya que de la concepción amplia o restringida que se tenga de la misma dependerá la posibilidad de que una persona pueda acceder, o no,

---

(5) Art. 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

(6) Sentencia 106-M-95, dictada a las ocho horas del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

a la tutela jurisdiccional. La LJCAS, al respecto, establece —en el art. 9— que los titulares de derechos y, además, quienes tengan un interés legítimo y directo relacionado con el *acto administrativo* sujeto a controversia están facultados para iniciar el proceso judicial (7).

En suma, de acuerdo a la Ley son dos los elementos vinculantes: por una parte, la infracción de un derecho subjetivo y, por otra, la existencia de un interés legítimo y directo en el asunto.

En tal sentido, se puede afirmar que reconocer la existencia de un derecho subjetivo trasgredido resulta una labor mucho más sencilla que vislumbrar la concurrencia de un interés legítimo y directo en el caso. Históricamente, la distinción de los conceptos aludidos tenía relevancia, en razón que cada uno de ellos facultaba a su titular a acceder a distintas clases de juicios: ya sea a uno de plena jurisdicción o a uno de mera revisión. Sin embargo, en la actualidad en El Salvador dicha distinción no posee una justificación valedera, ya que con ambas categorías se accede a un único tipo juicio, es decir, al de plena jurisdicción.

Ahora bien, a pesar de lo antes señalado, la jurisprudencia de la Sala se esfuerza por dilucidar los parámetros dentro de los cuales se encuentra el concepto «*interés legítimo y directo*», de la siguiente manera:

*«En anteriores resoluciones ha sostenido este Tribunal, que el interés legítimo constituye la pretensión a la legitimidad del acto administrativo, que se reconoce a aquel sujeto que se encuentre respecto al ejercicio de la potestad en una especial situación legitimante; se resuelve por tanto en la capacidad de pretender que otro sujeto —para el caso la Administración Pública— ejercite legalmente sus potestades. Tal posición se confiere al sujeto o sujetos que respecto al acto administrativo se encuentren en una particular situación. Debe aclararse que al demandante no lo legitima un abstracto interés por la legalidad —el llamado interés simple que no habilita para acceder al proceso contencioso— sino el interés concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad» (8).*

### **3. Parte demandada: la Administración pública en El Salvador**

Se debe advertir que en el ordenamiento jurídico salvadoreño, en contraste con otros sistemas jurídicos —como el español— la Administración pública no está dotada de personalidad jurídica única, sino que se constituye

---

(7) «Art. 9.— Podrán demandar la declaración de ilegalidad de los actos de la Administración Pública, los titulares de un derecho que se considere infringido y quien tuviere un interés legítimo y directo en ello».

(8) Auto dictado a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del doce de diciembre de dos mil dos, en el juicio 263-M-2002.

como una pluralidad de órganos, algunos con personalidad jurídica propia y otros sin ella, que realizan función administrativa.

De tal suerte que, la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa es la encargada de dotar de contenido al concepto «*Administración pública*» bajo una concepción objetiva, es decir, considerando integrantes de la misma a todos los órganos o entes públicos que realizan *una función administrativa* (9). Así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala en el artículo 2, inciso segundo:

«*Para los efectos de esta ley se entiende por Administración Pública:*

- a) *El Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado;*
- b) *los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos;*
- y, c) *el Gobierno Local».*

En principio, se afirma que forma parte de la Administración pública el Poder Ejecutivo, actualmente denominado Órgano Ejecutivo a raíz de lo dispuesto por la CS vigente, integrado —en atención al art. 150 de la CS— por el Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado y sus funcionarios dependientes (10).

En relación a las dependencias del Órgano Ejecutivo, la Ley se refiere a los órganos que se encuentran vinculados jerárquicamente con el poder central. De tal suerte que, en El Salvador, dichas entidades se configuran como entes instrumentales, es decir, los Ministerios cumplen muchas de sus atribuciones por medio de ellos, por lo cual resulta lógico que exista una dependencia funcional directa entre éstos.

Especial atención se debe prestar a la referencia existente a las entidades autónomas y semiautónomas. Cabe aclarar que la CS utiliza el término «*entidades autónomas*» en el artículo 110, inciso 4º, al señalar que: «*El Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente, por medio de las instituciones oficiales autónomas (...)*». De tal suerte que tales entidades son creadas por medio de una ley, que les dota de un patrimonio propio, personalidad jurídica e independencia funcional (11).

---

(9) AYALA, José María, ob. cit. p. 189.

(10) Ahora bien, dicha composición es desarrollada por el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, que en la actualidad prevé 11 ministerios, 15 viceministerios y 5 Secretarías de Estado.

(11) Dentro de dicha categoría se incluye a la Universidad de El Salvador (UES), a la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA) y a la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL) entre otras.

La Sala de lo Contencioso Administrativo a efecto de aclarar la naturaleza de las entidades autónomas, opta por delimitar sus características al diferenciar dichas instituciones de las entidades descentralizadas, de la siguiente manera:

*«La desconcentración constituye una forma de organización que consiste en delegar importantes poderes de decisión en agentes del poder central que se encuentran a la cabeza de las distintas circunscripciones administrativas o de los diferentes servicios. En la descentralización en cambio, los poderes de decisión se atribuyen a órganos distintos del poder central, con la nota característica de no encontrarse sometidos a una relación de jerarquía (...) Los entes descentralizados por servicio o «autónomas» tienen atribuida personalidad jurídica propia distinta de la estatal, autonomía financiera y organizativa, y tienen un fin público» (12).*

En segundo lugar, es difícil determinar que entidades están comprendidas en la categoría de «semiautónomas», ya dicha clasificación no encuentra un soporte doctrinario diáfano. Situación que no escapa de la crítica y que ha sido tratada por María Jesús GARCÍA CACHAFEIRO en el artículo de opinión «La reforma de la Administración Pública» de la siguiente manera: «(...) las semiautónomas que menciona la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no existen conceptualmente hablando: o el ente personificado está dotado de verdadera capacidad de decisión, en cuyo caso nos encontraremos en presencia de una Institución Autónoma, o estamos en presencia de un órgano simplemente desconcentrado» (13).

Se advierte que en la LJCAS los redactores optaron por una concepción objetiva de «Administración pública». De ahí, pues, que cualquier órgano del Estado cuando realiza función administrativa pueda ser incluido dentro de la categoría aludida. Es por ello que se incluye a los órganos Legislativo y Judicial dentro del concepto de Administración pública, cuando de manera excepcional desarrollan una función administrativa.

Igual explicación se da a que los organismos independientes —órganos de carácter público que no tienen personalidad jurídica propia y que no están en relación de jerarquía con el poder central— formen parte de la Administración Pública. Dentro de los mismos encontramos a la Corte de Cuentas de la República cuando realiza una función administrativa y no de fiscalización (14).

---

(12) Sentencia 26-I-96, dictada a las quince horas y treinta minutos del once de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

(13) GARCÍA CACHAFEIRO, María Jesús, «La Reforma de la Administración Pública», Revista ECA, abril, 1998, Pág. 349.

(14) Otros organismos independientes son: el Tribunal Supremo Electoral, la Procuraduría General de la República y el Consejo Nacional de la Judicatura.

Finalmente, la Administración pública comprende también al Gobierno local. Erróneamente se suele identificar al gobierno local únicamente con los Municipios. Sin embargo, en concordancia con el marco constitucional el gobierno local incluye tanto a las Gobernaciones como a los Municipios (15). Efectivamente, no puede negarse que son los Municipios quienes despliegan una mayor actividad administrativa sujeta a control de la Sala de lo Contencioso, pero ello no justifica realizar una interpretación restrictiva del art. 2, c) de la LJCAS.

En suma, la legitimación pasiva la ostentará siempre una Administración pública, sin embargo, la LJCAS no contiene una regulación inequívoca sobre los elementos que determinan esa legitimación, pues se limita a efectuar una referencia somera de ese aspecto en el art. 10 literal b) (16).

Con la finalidad de solventar las interrogantes que surgen respecto a la legitimación pasiva, la Sala ha optado por hacer uso de las «prevenciones», que se convierten en una herramienta de corrección de la demanda. De tal suerte que, en los casos en que los administrados dirigen erróneamente su pretensión contra un funcionario no legitimado, la Sala previene a los interesados a efecto que la corrijan, sin sugerir la entidad a la cual deben demandar, pero apuntando que la legitimación pasiva le corresponde al funcionario que emite la decisión impugnada.

En todo caso, si el administrado se encuentra ante la disyuntiva de encauzar su pretensión contra el funcionario que directamente emitió el acto o contra el órgano al cual éste pertenece, ha sido resuelta por la jurisprudencia. La respuesta propuesta por la Sala es que la demanda puede dirigirse contra ambos, ya sea el funcionario emisor o la entidad administrativa dentro en la cual dicho funcionario desarrolla sus funciones. Lo anterior encuentra explicación en la idea de garantizar el acceso del particular a la justicia y, además, sobre la conciencia que tiene el tribunal que los actos de Administración pública muchas veces carecen de los requisitos formales esenciales que permitan una impugnación indubitable (17).

---

(15) Arts. 200-207 de la CS, en ellos se regula lo correspondiente al gobierno local, dentro de los cuales se incluyen a las gobernaciones y a los municipios.

(16) Al respecto señala el artículo referido: «La demanda se entablará por escrito (...), y deberá contener: b) el funcionario, la autoridad o entidad a quien se demanda».

(17) Al respecto la Sentencia 45-V-96, dictada a las ocho horas del día 31 de octubre de 1997, expone que «En el proceso contencioso administrativo salvadoreño, será parte demandada no la Administración Pública abstractamente considerada, sino un ente u órgano en concreto: aquél del que proviene el acto que da lugar al proceso; en este sentido el artículo 10 literal b) de la Ley de la materia señala que en la demanda deberá expresarse «el funcionario, autoridad o entidad a quien se demanda». Es decir, que en nuestro sistema legal está permitido demandar a la entidad como tal, o a los funcionarios o autoridades a través de quienes las entidades realizan las funciones».



#### 4. Terceros

Finalmente, debe considerarse la posibilidad que el acto puesto a conocimiento del tribunal haya incidido en la esfera jurídica de personas ajenas al proceso, ya sea de forma favorable o desfavorablemente. En este caso, es necesario que ellos deban y puedan concurrir al juicio en defensa de sus derechos. De ahí, pues, que el art. 14 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevea que: *«Podrá mostrarse parte en el juicio el tercero a quien beneficie o perjudique la ejecución del acto impugnado, y tomará el proceso en el estado en que lo encuentre, sin poder hacerlo retroceder por ningún motivo».*

Ahora bien, es necesario apuntar que el tercero «podrá» mostrarse parte, si éste considera necesario desplegar alguna actividad en el seno del tribunal, ya que el referido art. 14 hace alusión a una facultad del tercero y no a una obligación. Sin embargo, a pesar que para el tercero existe una mera posibilidad, para el Tribunal hay una obligación inaplazable de comunicar la existencia del proceso a todos aquellos terceros que se hayan beneficiado en sede administrativa con la emisión del acto, ya que el mismo puede ser declarado ilegal y en consecuencia desaparecer del mundo jurídico, mermando la situación del tercero (18).

Resulta paradójico que la Ley establezca un deber de comunicación a la Sala y que, por otra parte, no se establezcan los cauces suficientes para que ésta pueda identificar al tercero beneficiado con el acto. La referida información queda en manos de la Administración, la cual no siempre es suficientemente diligente al proporcionar los datos requeridos por el tribunal, lo cual dificulta la labor de garantizar en grado sumo el derecho de los terceros de comparecer y exponer sus opiniones.

### III. ESTUDIO DEL ELEMENTO OBJETIVO DEL JUICIO CONTENCIOSO

Es pieza fundamental en el análisis del proceso contencioso administrativo la determinación de su objeto, la especificación del tipo de pretensiones que pueden esgrimirse y la fijación de las actuaciones administrativas sujetas a control jurisdiccional. La tarea no resulta fácil, porque en cada legislación se varía el objeto de control, dependiendo de la voluntad política y el grado

---

(18) Ante todo, se observa que prima la garantía constitucional de audiencia, recogida en el artículo 11 de la CS, a tenor de la cual *«ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes».*

de evolución en la vigilancia de la actividad administrativa. En El Salvador el proceso contencioso administrativo se restringe al pronunciamiento *sobre la ilegalidad del acto administrativo que se impugna*, de acuerdo a la interpretación que ha hecho la Sala de lo dispuesto por el art. 2 de la LJCAS.

De ahí, pues, que se tenga un restringido margen de control de la actuación de la Administración pública, en contraste el sistema español donde puede controvertirse una amplia gama de actividad administrativa, entre la que despierta la inactividad y la vía de hecho. No obstante, surge la interrogante si el referido artículo podría admitir una interpretación más amplia, en el sentido que puede controlarse judicialmente un mayor haz de actividades administrativas, sin restringirse al conocimiento únicamente del acto administrativo típico.

### **1. Examen de la actuación administrativa sujeta a control jurisdiccional: el acto administrativo, el silencio denegatorio presunto y la impugnación indirecta de reglamentos**

En principio, en virtud del art. 2 de la LJCAS, son susceptibles de control jurisdiccional todos los actos de la Administración pública. No obstante, la Sala ha señalado que no todo acto administrativo puede ser objeto de controversia y ha restringido el juicio contencioso a la discusión de actos definitivos y actos de trámite asimilables a definitivos (19).

Por otra parte, la legislación salvadoreña —que data de los años setenta— confirma que los actos discrecionales también pueden ser sometidos a control judicial (20), en consonancia con los avances doctrinarios acaecidos en Europa en dicha época (21). Con ello, queda evidenciada la intención del legislador de incluir en el examen jurisdiccional incluso a aquellos actos que inicialmente habían sido apartados del control de los tribunales contenciosos en otros ordenamientos jurídicos.

El control judicial se extiende, por mandato legal, a las denegaciones presuntas de la Administración pública, lo cual resulta lógico porque resulta contrario a la justicia pasar por alto la falta de diligencia de la Administra-

---

(19) Sentencia 108-A-96 dictada el 24 de junio de 1997; Sentencia 26-E-97, del 30 de abril de 1998.

(20) «Art. 3. También procede la acción contencioso administrativa: a) contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, incurriendo en desviación de poder».

(21) Al respecto pueden vislumbrarse los avances introducidos por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en su obra *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, mediante la cual se exponía que los actos discrecionales pueden ser controlados mediante sus elementos reglados, así como también pueden serlo los actos políticos.

ción, que mantiene en incertidumbre la situación jurídica de un particular, el cual tiene derecho a obtener una respuesta a sus peticiones.

El plazo que tiene el particular para impugnar una denegación presunta es de sesenta días hábiles, contados a partir que se ha producido el silencio desestimatorio. La denegación presunta es una herramienta puesta en manos de los administrados que se vean afectados en sus derechos, por la falta de pronunciamiento de las Administraciones públicas, para que puedan someter tal situación a un control por los tribunales jurisdiccionales. En todo caso, debe entenderse como una ficción legal de contenido procesal, porque la legislación y la jurisprudencia han confirmado que la utilización de dicha herramienta procesal no obsta para que la Administración se pronuncie expresamente.

La jurisprudencia salvadoreña en relación con la denegación presunta y el plazo establecido para controlar dicha presunción ante la Sala se ha pronunciado de la siguiente manera (22):

*«De conformidad a los términos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la denegación presunta de una petición, ficción legal de consecuencias procesales que habilita la interposición de la acción contencioso administrativa, se constituye cuando «la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud (Art. 3 literal b) L.J.C.A.).(...) la Ley de la materia exige que haya transcurrido un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la presentación de la solicitud sin que la autoridad o funcionario haga saber su decisión al interesado, para que se entienda configurada la ficción procesal. Una vez configurado el acto denegatorio presunto, el administrado dispone de un plazo de sesenta días para la interposición de la demanda».*

Finalmente, el art. 3 literal c) de la LJCAS prescribe que pueden ser sometidos a controversia judicial «los actos que se pronuncien en aplicación de disposiciones de carácter general de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad». Si bien es cierto que las normas terciarias no son impugnables directamente ante la jurisdicción contenciosa, ya sean Reglamentos u Ordenanzas, no puede obviarse que las mismas pueden ser contrarias a una disposición legal. Consecuentemente, los actos dictados en aplicación de las referidas normas son contrarias al ordenamiento jurídico. De ahí, pues, resulta lógico que la LJCAS prevea la interposición de un recurso indirecto contra las disposiciones legales reputadas como ilegales.

Ante tales casos, la Sala no entrará a examinar la adecuación del acto de aplicación con la norma que le da sustento jurídico, sino que ponderará

---

(22) En la Sentencia 8-U-94, dictada a las catorce horas y cuarenta minutos del 11 de noviembre de 1997. Posteriormente, dicha postura ha sido reiterada en las Sentencias 116-A-96 del 16 de diciembre de 1998 y 107-G-2001 del 1 de julio de 2004.

el ajuste de la norma con el ordenamiento jurídico. El tribunal determinará indirectamente sobre la legalidad de la disposición que da soporte al acto y, por ello, en la sentencia se limitará a declarar la legalidad o ilegalidad del acto como tal, con base a la ilegalidad de la norma de cobertura, sin poder expulsar a la misma del ordenamiento jurídico (23).

Es imperante criticar la actual situación de la legislación salvadoreña, ya que resulta evidente que se deja de lado una amplia gama de actuaciones administrativas que no están sujetas a control por otro tribunal, como la inactividad administrativa y la vía de hecho. Se genera por tal motivo una fuerte situación de inseguridad en los administrados, que se ven compelidos a someter el conocimiento de conflictos de naturaleza administrativa a la jurisdicción civil. Lo cual implica un grave problema, porque una situación especializada se resolverá por normas inspiradas en principios contrapuestos a la naturaleza de la situación sometida a control judicial (24).

Dichas deficiencias no han escapado de la crítica de los juristas salvadoreños, quienes han propugnado la modificación de la legislación vigente o, en otros casos, la creación de una nueva ley, que supla las deficiencias antes indicadas. En todo caso, la opción que apunta al cambio es incuestionable, no puede obviarse la necesidad de una actualización en la legislación, situación expuesta en el artículo «Hacia una nueva Justicia Administrativa en El Salvador: reflexiones desde la Constitución» por José Marinero Cortés en los siguientes términos «*el modelo de protección jurisdiccional frente a la actividad administrativa falla por omisión al admitir como únicas pretensiones posibles aquellas que derivan de la ilegalidad de los actos administrativos típicos*» (25).

Existen en la Asamblea Legislativa varios proyectos de modificación a la normativa contenciosa vigente. Uno dichos proyectos ha sido gestado en el seno de la Corte Suprema de Justicia, el cual contiene una ampliación del objeto de control del contencioso administrativo hacia la inactividad, actos políticos, vía de hecho y disposiciones de carácter general.

---

(23) La jurisprudencia salvadoreña ha tenido ocasión de admitir demandas en este supuesto en el caso de multas de tránsito amparadas en las disposiciones del derogado Reglamento de Tránsito, las cuales se afirmaba —por los demandantes— transgredían abiertamente la reserva de ley en materia sancionatoria

(24) Como ejemplo puede citarse los conflictos surgidos de la contratación administrativa, ya que el la jurisdicción civil priman las relaciones de igualdad entre las partes, situación que evidentemente no se cumple en la contratación administrativa.

(25) MARINERO CORTÉS, José, «Hacia una nueva Justicia Administrativa en El Salvador: reflexiones desde la Constitución», artículo publicado en el *Prontuario de Justicia Administrativa*, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Año 1, Número 1, San Salvador, El Salvador, Enero-Febrero 2006, p. 30.

El referido anteproyecto ha tenido una acogida favorable en la sociedad salvadoreña, con algunas salvedades, como se deduce de la opinión expresada por la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), la cual en una de sus publicaciones periódicas ha expresado: *«Consideramos oportuno el ampliar la competencia del tribunal al conocimiento de la acción directa en contra de los reglamentos, instructivos y ordenanzas dictados por las Administración Pública, así como el conocimiento sobre los actos materiales de la misma contrarios a la legalidad, los contratos administrativos y los actos de los concesionarios de los servicios públicos; sin embargo, estimamos inconveniente que los tribunales puedan conocer, aun de forma limitada, de los llamados actos políticos (...)»* (26).

En todo caso, ninguno de los referidos Proyectos de Ley ha podido, aún, superar fructíferamente la etapa de discusión de la Asamblea Legislativa y, en cambio, han sido puestos de lado, archivándose temporalmente. De ahí, se puede vislumbrar que, a pesar de los esfuerzos provenientes de la Corte Suprema de Justicia y de la acogida favorable por la sociedad, los políticos salvadoreños y la Administración pública aun no se encuentran preparados para que sus actos sean sujetos a un control judicial mucho más minucioso.

## 2. Límites negativos

Como se apuntó con precedencia el art. 2 de la LJCAS establece una cláusula general del objeto de control del contencioso administrativo. Dentro del mismo se incluye exclusivamente a los actos de la Administración pública, que según la jurisprudencia de la Sala, debe limitarse a los actos administrativos tradicionalmente considerados. Aunque, posteriormente se detalle una serie de actos especiales que están sometidos igualmente a la jurisdicción contenciosa (art. 3 de la LJCAS).

Por otra parte, el legislador ha optado por establecer que actuaciones no están adscritas al control del contencioso. Dentro de las exenciones enumeradas se encuentran los actos políticos o de gobierno, la actividad privada de la Administración Pública, los actos pronunciados en ejercicio de la función electoral y la función fiscalizadora de la Hacienda Pública; los cuales se identifican según el art. 4 de la LJCAS como materia ajena del contencioso (27).

---

(26) FUSADES, Departamento de Estudios Jurídicos, «Comentarios a la propuesta de reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», *Boletín* 33, 2003.

(27) La Sala en su jurisprudencia, Sentencia 134-M-97 del 28 de octubre de 1998, ha expuesto que *«Que no son susceptibles de impugnación ante la Sala, tanto las denominadas materias ajenas, como las materias excluidas, la primera categoría de actos comprende aquellas materias que por su propio tenor no corresponden a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir actuaciones de la Administración Pública que no constituyen actos administrativos»*

De lo anterior no quedan dudas sobre el establecimiento de límites negativos legales contundentes. Lo cual implica que no existe posibilidad alguna de controlar los elementos reglados de los actos políticos en dicha jurisdicción, lo cual es extensible a la controversia directa de las disposiciones generales, o de toda la actividad contractual de la Administración pública.

El control de actos políticos en el juicio contencioso es un tema aun sujeto a controversia en El Salvador. Por una parte, juristas como José María Ayala, Karla FRATTI DE VEGA y Dafne SÁNCHEZ afirman la procedencia de dicho control, apoyándose en la tesis que: *«la consolidación del Estado de Derecho tiende a propugnar el control de toda actuación de la Administración, y los actos políticos no son la excepción: ha de propiciarse su revisión a través de la revisión de los elementos reglados y hechos determinantes»*.

Sin embargo, la postura contraria es defendida por instituciones como FUSADES, que en una de sus publicaciones periódicas ha expuesto su consternación por los riesgos de acceder a dicho control jurisdiccional, en dicho sentido apunta que: *«situaciones tales como el plan de gobierno, la conducción de las relaciones internacionales, las decisiones relativas a la defensa del estado y la seguridad interna son atribuciones que, a raíz de la ambigüedad que resulta de la disposición, pueden ser objeto de injerencias indebidas al principio de división de las funciones de los órganos del estado, puesto que la dimensión de los elementos reglados de los actos políticos pudiera estar sujeta a diversas interpretaciones de acuerdo al operador del derecho que juzgue el acto»* (28).

En último lugar, dentro de los límites negativos también se incluyen las materias excluidas de control judicial. La LJCAS establece, en el art. 7, una serie de actos que a pesar de ser materia administrativa y, por ende, sujeta al conocimiento del contencioso, por decisión legislativa se excluyen de un control judicial. En esta categoría se enumeran los actos que no han agotado la vía administrativa y los actos consentidos expresamente.

#### **IV. ESTRUCTURA DEL JUICIO CONTENCIOSO: INICIO, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN DEL PROCESO**

El juicio contencioso salvadoreño inicia siempre mediante la interposición de una demanda. La cual será admitida siempre y cuando se compruebe que el administrado ha cumplido con el agotamiento de la vía administrativa y,

---

(28) Así se manifiesta FUSADES, por medio del *Boletín del Departamento de Estudios Legales*, obra que ya ha sido citada.

además, haya presentado la demanda dentro del plazo establecido legalmente.

Sobre el agotamiento de la vía administrativa es necesario apuntar que, si bien es cierto el art. 7 literal a) de la LJCAS señala que no procede la acción contenciosa respecto de los actos que no hayan agotado la vía, resulta difícil desconocer los problemas que acarrea a los administrados la dispersión de recursos administrativos. Tales dificultades se deben en gran medida a la ausencia de una legislación común que regule el procedimiento administrativo, en forma uniforme (no sólo el tipo y trámite de recursos, sino los plazos y requisitos de interposición).

En este punto, se advierte un contraste muy fuerte con la experiencia española, en la cual se cuenta con una ley que da desarrollo al procedimiento administrativo y a los recursos necesarios para agotar la vía administrativa de forma indudable (29).

En El Salvador es innegable que el administrado debe enfrentarse a una multiplicidad de recursos dispersos en las leyes especiales, agravado por el hecho que cada uno de ellos cuenta con plazo y con formalidades de interposición diferentes, incluso establece en ciertos casos distintas autoridades competentes. Por lo cual, resulta altamente difícil cumplir con dicho requisito. En la mayoría de los casos se constituye una carga inmerecida para el administrado, en el cual recae la labor de dilucidar los recursos pertinentes en cada caso debido a la oscuridad y complejidad de las normas jurídicas aplicables al caso.

La forma de iniciar el juicio contencioso salvadoreño contrasta con la utilizada en España donde se cuenta con la herramienta del «escrito de interposición», que dota al administrado de la posibilidad de elaborar coherente y detalladamente su demanda, al tener a la vista el expediente administrativo proporcionado por la Administración pública a raíz de la orden del tribunal competente.

Es, pues, indudable que un sistema de iniciación por medio de un escrito de interposición proporciona mayores beneficios a los demandantes, quienes en la práctica carecen al estructurar la demanda de todos los datos que constan en el expediente administrativo. De tal suerte que cuando el tribunal pone a disposición del particular el expediente al administrado, éste dispone de los datos suficientes para decidir interponer o no la demanda, ya que cuenta con un plazo legalmente establecido para tal efecto.

---

(29) En España, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Ahora bien, en El Salvador la demanda debe cumplir con los requisitos formales establecidos en el art. 10 de la LJCAS a efecto de lograr que la misma sea admitida (30). Una vez que la Sala advierte la procedencia de la demanda, no sólo del acatamiento de los requisitos formales del art. 10 sino también de otros presupuestos procesales como el agotamiento de la vía administrativa, requerirá de la Administración demandada un primer informe. Dicho informe se limita a dar a conocer al tribunal la existencia de los actos cuestionados. En caso que se incumpla con dicho requerimiento judicial se continuara con el juicio y se presumirá la existencia del acto.

Luego, con la emisión o no del primer informe pedido a la Administración, la Sala deberá pronunciarse —por mandato legal del art. 22— sobre la suspensión del acto cuestionado (31). Llama la atención que la ley establezca la obligación de la Sala sobre el pronunciamiento de la medida cautelar, ya que el régimen de tutela cautelar en el contencioso administrativo depende de la solicitud de la parte.

La Administración pública se encuentra compelida a presentar un segundo informe al tribunal, con las justificaciones de la legalidad del acto, lo cual resulta paradójico considerando que el principio de economía procesal debe regir a los procesos judiciales. En dicho informe se condensan las argumentaciones en contra de la pretensión de ilegalidad, con las cuales el tribunal podrá decidir de mejor forma sobre el fondo del asunto. Finalmente, se notifica al Fiscal General de la República el estado del proceso y los argumentos expuestos por las partes, ya que la LJCAS establece que éste puede intervenir «en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad».

La naturaleza del proceso determinara si se abre o no el término probatorio, el plazo que la ley concede para los juicios de hecho es de 20 días hábiles. La actividad probatoria esta encaminada a aportar datos que afirmen la veracidad de los hechos alegados por las partes en sus intervenciones iniciales. El objeto de la prueba está en estrecha vinculación con la pretensión, que en el juicio contencioso administrativo se perfila en *la declaratoria de ilegalidad del acto impugnado*.

En este sentido, las partes deben comprobar sus alegaciones. De ahí, que al demandante le corresponda aportar los elementos necesarios para

---

(30) Al respecto ver E. GAMERO CASADO, *La jurisdicción contencioso administrativa. El acto administrativo. Monografías*, San Salvador, Editado por el Concejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2001, pp. 80-90, en las cuales se hace un detalle de los requisitos y aspectos esenciales del art. 10 de la LJCAS; en igual sentido se expresa Flor de Maria CARBALLO, en su artículo «Guía practica sobre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», publicado en la Revista *Conciencia jurídica*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, pp. 75-97.

(31) La Sala puede denegar o bien decretar la medida de suspensión, además de confirmar la provisional en caso que se haya emitido una medida provisional al admitir la demanda.



demostrar que la Administración pública, al emitir el acto en controversia, se apartó de lo preestablecido por el ordenamiento jurídico. No resulta ilógico afirmar que, dependiendo del elemento en el cual resida el vicio aludido por el demandante, será más o menos complejo determinar la ilegalidad. Es, pues, claro que la actividad probatoria será menos difusa cuando el vicio esté en el elemento formal del acto, a saber: la falta de notificación o la denegación de una prueba contundente en sede administrativa. Sin embargo, la situación se vuelve casi ininteligible cuando el vicio sea la desviación de poder, de dificultosa comprobación por estar inmerso en el elemento teleológico del acto.

La carga de la prueba en el juicio contencioso salvadoreño se distribuye entre ambas partes. El administrado debe probar la ilegalidad que invoca y la Administración debe acreditar que su actuación es conforme con el ordenamiento jurídico, congruentemente con los fundamentos de hecho y fundamentos jurídicos aportados.

La LJCAS no hace alusión a los diversos tipos de medios probatorios que pueden desplegarse en el juicio. En virtud de dicha omisión se hace necesario utilizar supletoriamente lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles, que se alude en el art. 53 del cuerpo legal en estudio.

Una vez zanjada la etapa probatoria, el procedimiento prosigue con los traslados a cada una de las partes intervinientes, incluido el Fiscal General de la República. Es en esta parte donde surge una peculiar y aparente contradicción legal, la cual se vislumbra al tenor de los arts 25 y 28 de la LJCAS (32), en cuanto a la obligación del tribunal de correr traslado a las partes involucradas.

El art. 25 es claro al prescribir que, en el juicio de mero derecho, la Sala deberá emitir la sentencia correspondiente, después de emitir el segundo informe al tribunal. Ante lo cual, resulta confusa la orden del art. 28 que señala que «habiéndose declarado la improcedencia del plazo probatorio» las partes tienen la oportunidad de expresar sus alegatos finales en un plazo de ocho días, lo cual se discute si se aplica o no al juicio de mero derecho.

La Sala ha optado por una solución intermedia entre ambas posturas, la cual no resulta del todo satisfactoria. Se parte por reconocer que en el *juicio de mero derecho* no es procedente correr traslados a las partes involucradas, pero se considerara que para garantizar el derecho de defensa de los terce-

---

(32) Art. 25. «[...] .si la disputa versare sobre la aplicación de la ley a la cosa cuestionada, justificados los hechos con instrumentos públicos o auténticos no contradicho, o por expreso consentimiento de las partes, quedará concluida la causa, y la Sala pronunciará sentencia dentro del término legal» y art. 28. «Concluido el término de prueba o habiéndose estimado su improcedencia, se dará traslado al Fiscal y a las partes por el término de ocho días cada uno, para que presenten sus respectivos alegatos».

ros es imperante correrles traslado, a pesar de que se reconoce que no es procedente dicha etapa procesal.

En todo caso, se debe considerar que los traslados (33) no se justifican en el juicio de mero derecho. No es suficiente la argumentación de ser necesarios por la garantía de defensa del tercero o la necesidad que intervenga el Fiscal General de la República, ya que ambos pueden comparecer al juicio y manifestar su defensa durante toda la tramitación del juicio, sin que sea necesario desplegar toda la actividad judicial en una etapa innecesaria. Bastaría, pues, incluso conceder la oportunidad de intervenir en un plazo común.

Es, pues, evidente que la Sala ha interpretado confusamente el art. 28, en vista que la declaratoria de improcedencia de la etapa probatoria no cambia la naturaleza del juicio. La viabilidad o no de dicha etapa puede deberse a diversas causas: la petición de las partes, por haber prueba preconstituida (testimonial o pericial) y no solamente porque sea un juicio de mero derecho. Ante lo expuesto, se debe considerar que la Sala emita —después del informe justificativo— directamente la sentencia correspondiente.

Una vez concluidos los traslados, en el caso que se hayan corrido, la Sala decretará la sentencia correspondiente dentro del plazo de doce días hábiles, con la resolución de todas las pretensiones expuestas por las partes. Tal decisión contendrá —principalmente— el pronunciamiento sobre la legalidad del acto en controversia. En caso de ser oportuno, la sentencia identificará las providencias necesarias para garantizar el pleno restablecimiento del derecho violado de la parte demandante.

Finalizar el proceso por medio de la sentencia es la regla general. No obstante, la legislación salvadoreña contempla la perspectiva que el juicio contencioso administrativo encuentre su conclusión por medio de un auto, que no resuelva el fondo y que se fundamente las causales expuestas por el art. 40 de la ley (34), entre las que se destacan el fallecimiento del demandante, el desistimiento y la revocación del acto impugnado.

---

(33) Atendiendo a la naturaleza de los mismos, es decir, ser medios para enlazar las argumentaciones iniciales con lo probado en la etapa probatoria y, además, el cauce mediante el cual las partes concluyen sobre el asunto en controversia, se comprende que el legislador haya optado por no considerarlos parte integrante del juicio de mero derecho, donde solo se discute cual es el derecho aplicable y no se controvierten hechos.

(34) «Art. 40. El juicio contencioso administrativo terminará por resolución de la Sala, en los casos siguientes: a) por resolver el demandado favorablemente la petición del demandante (...). b) por desistimiento del actor, sin que sea necesario la aceptación del demandado. c) Por expresa conformidad del demandante con el acto administrativo impugnado (...). ch) por no rendirse prueba sobre la existencia del acto administrativo impugnado, cuando aquella fuere necesaria (...).d) por revocación del acto impugnado (...) e) por fallecimiento del demandante, si el acto impugnado afectare únicamente a su persona».

## V. DEL PAPEL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: REFLEXIÓN SOBRE LA APARENTE LIMITACIÓN IMPUESTA POR LA LEY DE LA MATERIA A LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO IMPUGNADO

En cuanto al papel de la tutela cautelar, cabe resaltar que en la LJCAS hace referencia a una única medida cautelar: la suspensión de los actos impugnados. Es, pues, evidente que dicha Ley encuentra los mismos problemas y limitantes que se suscitaron con la aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo Española de 1956, en la cual se contemplaba a la suspensión como única medida. Tal situación se modificó con la entrada en vigencia de la Ley de 1998, la cual prevé la aplicación de medidas positivas, lo cual guarda coherencia con la ampliación del objeto de conocimiento del contencioso.

Como ya hubo ocasión de apuntar, el artículo 2 de la LJCAS prescribe que corresponde a la jurisdicción contenciosa «*El conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública.*», por lo cual resulta lógico que la medida idónea para garantizar la integridad de los resultados del juicio sea la suspensión del acto.

Ahora bien, la suspensión de los efectos del acto procede cuando la ejecución del mismo pueda producir un «*daño irreparable o de difícil reparación*» por la sentencia definitiva (35). Al igual que en la actual LJA española, en El Salvador no se prevé expresamente, como criterio de adopción de la medida, la apariencia de buen derecho (36).

De lo anterior se colige, pues, que el requisito de procedencia tiene como colofón la aseguración de la eficacia de la sentencia. Consecuentemente, se explica que sea necesario evitar que el dilatado tiempo de tramitación del juicio incida, irremediablemente, en la esfera jurídica del demandante, provocando eventualmente la imposibilidad de cumplir con las disposiciones que se adopten en la sentencia.

En caso que el demandante logre sortear el primer escalón para obtener la medida cautelar, lo cual implica demostrar la existencia del daño irreparable. Posteriormente, se debe enfrentar a otro obstáculo, la valoración del inte-

---

(35) El art. 17 de la LJCAS, que expresa: «*Será procedente ordenar la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.*».

(36) Situación comentada por los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomas Ramón FERNÁNDEZ en su obra *Curso de Derecho Administrativo II*, en cuya exposición se recogen las opiniones vertidas por el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA en relación al tema de las medidas cautelares y recopiladas en la obra *La batalla por las medidas cautelares*, las cuales se resumen en un reproche a la legislación española por no introducir la apariencia de buen derecho como elemento a considerar al momento de conceder las medidas cautelares.

rés público en la ejecución del acto sujeto a cuestionamiento. Al respecto, el art. 18 de la LJCAS establece: «No se otorgará la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, si al concederse se siguiera perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiere ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público».

La Sala, en sus resoluciones, al tratar esclarecer el tema del interés público ha puesto en evidencia que:

*«no se refiere al interés social o público genérico que se presupone es el fin de todo el accionar de la Administración, ya que si así fuera difícilmente podría decretarse en algún proceso contencioso la suspensión del acto, sino a supuestos concretos en los cuales se denota en forma evidente, que con la suspensión del acto se contravendría un específico interés social, ante el cual es procedente abstenerse de suspender los efectos del acto que se debate. En el caso de autos esta Sala estima, que si bien es cierto la telecomunicación constituye un servicio público, ello no implica que cualquier actividad relacionada con la prestación de tal servicio no pueda afectarse por razones de interés social; de lo que se trata es de establecer en cada situación concreta, si se acarrearía un real perjuicio a la prestación del servicio, si se afectaría su esencia. Concretamente, en el presente caso, debe establecerse si al diferirse por el período en que se tramita este proceso las actividades tendientes a la elaboración del directorio telefónico, se vería obstaculizada la prestación del servicio público como tal (37)».*

Una vez determinado que el objeto del proceso se limita, por la interpretación restrictiva de la Sala, al conocimiento de la legalidad de actos administrativos y, además, que la única medida cautelar prevista es la suspensión, resulta evidente que los administrados no recibirán una garantía real de sus derechos.

En los actos presuntos denegatorios se encuentra un ejemplo claro de la insuficiencia de la suspensión, los cuales no admiten la medida suspensiva debido a la naturaleza de los mismos, sino que necesitan la adopción de una medida cautelar positiva. La Sala de lo Contencioso concede a los demandantes medidas positivas, bajo la explicación que las mismas no tienen una cobertura legal en la LJCAS.

Se debe hacer notar que las medidas cautelares se deciden en la tramitación del juicio principal. A diferencia de lo previsto por el sistema español, donde las medidas cautelares se deciden incidentalmente en pieza separada y con audiencia a la parte contraria (38).

---

(37) Resolución interlocutoria recaída en el juicio 17-T-96.

(38) Según lo dispuesto por el art. 131 de la Ley 29/1998, las medidas cautelares se deciden en pieza separada a la principal, en la que se decide el fondo del asunto.

Con todo lo expuesto se evidencia que, se debe luchar por una migración hacia una nueva interpretación más favorable de la LJCAS, con la cual se aproveche la especial coyuntura existente. Es decir, aplicar supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles salvadoreño, donde se encuentran diseminadas otras medidas cautelares. Todo con la finalidad de lograr impartir verdadera justicia.

## **VI. RECURSOS PROCEDENTES EN EL CONTENCIOSO CONTRA LAS SENTENCIAS. MEDIDAS PARA EJECUTAR LAS SENTENCIAS**

Como ya hubo ocasión de apuntar, en El Salvador sólo se cuenta con un tribunal encargado de conocer de todas las pretensiones contencioso administrativas: la Sala de lo Contencioso Administrativa, la cual se encuentra incardinada en la Corte Suprema de Justicia. Lo cual se complementa con el problema que acarrea que no exista en la LJCAS determinación alguna sobre un sistema de recursos.

La sentencia definitiva es impugnabile, únicamente, cuando la pretensión atañe a la *aclaración* de algún concepto oscuro en el fallo. Atendiendo al tenor de lo previsto por el art. 52 de la Ley de la materia el recurso de designa: *recurso de aclaración*; pero dicha vía procesal es procedente también cuando la pretensión del recurrente es *solicitar la corrección de errores materiales*. De ahí, pues, que resulte imposible impugnar por razones de fondo las sentencias de la Sala.

Ahora bien, si la sentencia no es controvertida en el plazo de tres días, las partes deben darle pleno cumplimiento a la misma. En caso que la definitiva sea desestimatoria, la Administración pública podrá ejecutar el acto o actos sujetos a control judicial. Sin embargo, si la Sala estima las pretensiones del demandante, la Administración pública debe practicar las diligencias necesarias para el cumplimiento de la sentencia, dentro de los treinta días hábiles subsiguientes a la notificación de la misma (39).

En caso de que la Administración correspondiente, a quien se hubiere ordenado cumplir con la sentencia, no lo hiciera en el término de treinta días, la Sala está habilitada para aplicar las mismas medidas autorizadas en caso de incumplimiento de la definitiva. En primer lugar, requerirá al superior del funcionario compelido para que haga cumplir la medida adoptada en la sen-

---

(39) El art. 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala: «*Recibida la certificación de la sentencia, la autoridad o funcionario demandado pactará las diligencias para su cumplimiento dentro del plazo de treinta días, contados desde aquel en que sea recibida la certificación*».

tencia. Si a pesar de dicho requerimiento no se consigue dar cumplimiento a la misma, por la visible negativa de la Administración, el Tribunal podrá incluso recurrir al Órgano Ejecutivo para que compela a los funcionarios correspondientes para que cumplan la sentencia en cuestión.

Llegar a tal extremo, como el lógico, acarrea graves consecuencias para los funcionarios negligentes, en atención a que el responsable quedará suspenso en el ejercicio de su cargo y la Sala deberá remitir informe a la Fiscalía General de la República para que se inicien las diligencias penales por el incumplimiento del mandato judicial.

Finalmente, se debe apuntar que el art. 34 prescribe que *«si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o parte, el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración»*. Es, pues, clara la consonancia del mismo con lo previsto por la Constitución de la República Salvadoreña (art. 245) que sólo confiere responsabilidad subsidiaria al Estado la responsabilidad por los daños que se causare a los administrados como consecuencia de la violación de derechos fundamentales.

## VII. COMENTARIOS FINALES

A manera de colofón, no se puede dejar de comentar la necesidad de una nueva legislación en materia contencioso-administrativa. Es, pues, una conclusión ineludible que la actual legislación deja de lado actuaciones administrativas que pueden y deben ser sometidas al control jurisdiccional.

No puede tolerarse que los postulados bajo los cuales se rige un Estado de Derecho sean transgredidos, el respeto a los ciudadanos —elemento vital del estado— debe ser en todo momento garantizado, en palabras de José MARINERO *«el valor del control judicial de la actividad administrativa en un Estado Constitucional de Derecho no reside únicamente en su capacidad para reaccionar frente al ilícito y reconducir a la Administración al cauce de la legalidad, sino en la efectividad de su protección y en la reparación de los derechos de la persona vulnerados por la actividad administrativa»* (40).

Finalmente, no puede dejarse de resaltar que la Administración pública tiene como objetivo conseguir la satisfacción de los intereses de todos los administrados. En tal sentido, es necesario que su actuación se adecue en grado sumo a la ley, al ordenamiento jurídico que no es más que la voluntad

---

(40) MARINERO CORTÉS, José, ob. cit., p. 39.

de un pueblo, manifestada por medio de sus representantes. Consecuentemente, cuando la Administración trasgrede una norma jurídica violenta, a su vez, la voluntad del pueblo, hecho que colisiona frontalmente con la razón de ser de la misma Administración.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AYALA, José María, FRATTI DE VEGA, Karla, NIETO, Fernando, y SÁNCHEZ, Dafne (2003), *Manual de Justicia Administrativa*, San Salvador, Editado por el Concejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.
- BERMEJO VERA, José (2005), *Derecho Administrativo básico, Parte General*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A.
- CARBALLO Montoya, Flor de María (2001), «Guía practica sobre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa», publicado en la *Revista Conciencia jurídica*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia.
- CUESTAS, Humberto Guillermo (1995), «Breve reseña histórica del establecimiento del Tribunal Contencioso Administrativo», artículo en la *Revista Sentencias, Separata de la Revista Judicial, Quince anos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Tomo 2*, San Salvador, Editada por la Corte Suprema de Justicia.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2001), *La jurisdicción contencioso administrativa. El acto administrativo. Monografías*, San Salvador, Editado por el Concejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2000), «Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», artículo en la *Revista de Administración Pública (RAP)*, número 151, Enero/Abril de 2000, Editorial Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón (2006), *Curso de Derecho Administrativo II*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A.
- GARCÍA CACHAFEIRO, María Jesús (1998), «La Reforma de la Administración Pública», artículo publicado en la *Revista Estudios Centroamericanos, ECA*, abril, 1998.
- MARINERO CORTES, José A. (2006), «Hacia una nueva Justicia administrativa», artículo publicado en el *Prontuario de Justicia Administrativa*, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Año 1, Número 1, San Salvador, El Salvador, Enero-Febrero 2006.
- MENA GUERRA, Ricardo (2005), *La génesis del derecho administrativo en El Salvador*, San Salvador, Editada privadamente por Ricardo Mena Guerra.

# **CRÓNICAS**



## **CRÓNICA DEL CURSO DE VERANO «LA NUEVA FISCALIDAD SOBRE LA RENTA» (Laredo, 16 a 20 de julio de 2007)**

SABINA DE MIGUEL ARIAS

I. Entre los días 16 y 20 de julio de 2007 se celebró en Laredo (Cantabria) el Curso de verano de la Universidad de Cantabria dedicado a «*La nueva fiscalidad sobre la renta*», bajo la dirección del profesor Don Juan Enrique VARONA ALABERN y con la colaboración del Ayuntamiento de Laredo.

A lo largo de este Curso, profesionales de reconocido prestigio examinaron algunos de los cambios que ha experimentado la tributación sobre la renta a raíz de la aprobación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF). En concreto, fueron objeto de análisis las novedades más relevantes del IRPF, prestándose especial atención a la reforma de la fiscalidad de las rentas del capital, ya que, ante la proclamación de la libertad de circulación de capitales en la Unión Europea, el legislador español ha tratado de evitar que los fondos monetarios se trasladen a los países que gravan con menor intensidad este tipo de rendimientos.

II. La primera intervención corrió a cargo de Don Rafael CALVO ORTEGA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Complutense de Madrid, quien realizó una «*Valoración crítica de la nueva fiscalidad sobre la renta de las personas físicas*», analizando los aspectos positivos y negativos que la nueva Ley presenta, bajo el prisma de los preceptos constitucionales y, de manera destacada, del principio de capacidad económica.

En este sentido, de acuerdo con el ponente, la gran novedad de la reforma del IRPF radica en el establecimiento de un impuesto dual, siguiendo así la tendencia de otros Estados europeos —aunque con importantes diferencias— de esta forma, a partir de esta Ley se incluyen dentro de la denominada *renta*

del ahorro una serie de activos, gravándose todos ellos a un tipo fijo del 18 por ciento.

Junto a lo anterior, también se recalcaron algunos de los puntos críticos de esta regulación, como la equiparación de la tributación de los dividendos y de los intereses, y el hecho de que las ganancias patrimoniales formen parte de la renta del ahorro sólo en caso de que exista una transmisión. Por otro lado, el profesor CALVO ORTEGA alabó, como cambio más interesante obrado por la LIRPF, el tratamiento de los sistemas de previsión social complementaria y de las situaciones de dependencia, aunque, a su juicio, las disposiciones acerca de esta última materia resulten insuficientes para el futuro.

Finalmente, el ponente consideró distintas cuestiones que la mencionada Ley no ha abordado, entre las cuales se incluyen la reforma del método de estimación objetiva y de la fiscalidad de la vivienda, tanto en lo relativo a la política del alquiler como a las deducciones por adquisición de vivienda; de esta manera, en su opinión, la LIRPF ha puesto el acento en los rendimientos del ahorro, pero, en la actualidad, la fiscalidad de la renta presenta otros problemas no resueltos.

**III.** A continuación, Don Ricardo PALLEIRO BARBEITO, vocal responsable de Estudio e Investigación de la Asociación Española de Asesores Fiscales, examinó las «*Principales novedades de la nueva fiscalidad sobre la renta de las personas jurídicas*», derivadas, principalmente, de los cambios introducidos por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, pero también por otras normas—como la Ley 36/2007, de 29 de noviembre, de Medidas para la prevención del Fraude Fiscal; la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, y la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales—.

En particular, el ponente analizó algunos de los cambios incluidos en el Impuesto sobre Sociedades, entre los que destacan: la reducción progresiva de los tipos de gravamen, la reforma de las deducciones por doble imposición y la eliminación gradual de las bonificaciones por actividades exportadoras. Por otro lado, PALLEIRO BARBEITO estudió de forma exhaustiva las modificaciones operadas en distintas deducciones, así, se ha previsto la reducción paulatina y la posterior eliminación de las deducciones dedicadas a incentivar determinadas actividades, para promover la internacionalización de la empresa española, por inversiones medioambientales, por gastos de formación o por contribuciones empresariales a planes de pensiones, entre otras.

Por último, el ponente prestó especial atención a la desaparición de las sociedades patrimoniales, que, a partir de la LIRPF, pasan a tributar por el sistema general, arbitrándose, no obstante, un régimen transitorio tanto en el caso de permanencia de la sociedad, como en los de disolución o liquidación de la misma.

**IV.** La segunda jornada contó con la intervención de Don Juan Enrique VARONA ALABERN, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Cantabria, quien abordó «*La tributación de los rendimientos del capital inmobiliario en el IRPF*».

Según indicó el ponente, un rendimiento del capital inmobiliario constituye una renta monetaria o en especie derivada de la explotación de un inmueble rústico o urbano, que se genera al realizarse una cesión temporal del mismo a un tercero. A este respecto, la LIRPF no integra la obtención de este tipo de rentas dentro del concepto de renta del ahorro, ni tampoco entre los rendimientos de las actividades económicas —salvo que se den ciertas condiciones—.

En consonancia con lo anterior, y de acuerdo con el profesor VARONA ALABERN, los supuestos más característicos que conllevan la obtención de un rendimiento del capital inmobiliario son los arrendamientos urbanos. En tales casos, el rendimiento neto viene determinado por la totalidad de los ingresos derivados de la actividad arrendaticia, de los que se deducen una serie de gastos necesarios para su obtención y la amortización del inmueble, junto a lo cual, la LIRPF ha establecido distintas reducciones que tienen por finalidad fomentar el mercado del alquiler y aumentar el número de las declaraciones, aunque, en opinión del ponente, con escaso éxito hasta el momento.

La última cuestión analizada en esta intervención fue la relativa al régimen de imputación de rentas inmobiliarias, las cuales se originan por la tenencia de un inmueble —excluidos la vivienda habitual y el suelo no edificado—, cuando el mismo no se halle afecto a actividades económicas, ni genere rendimientos del capital.

**V.** Acto seguido, Don Alejandro MENÉNDEZ MORENO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Valladolid, se ocupó de «*La tributación de los derechos de imagen en el IRPF*». Para ello, el ponente partió de la configuración del derecho a la imagen, el cual aparece reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española y ha sido conceptuado por nuestro Tribunal Constitucional como la facultad exclusiva de difundir la imagen o de evitar su reproducción, sin perjuicio de que este derecho también presente una importante dimensión patrimonial, que no se encuentra constitucionalmente protegida.

La LIRPF se ocupa de la fiscalidad de los derechos de imagen en sus artículos 25.4.d) y 92, calificando como renta los rendimientos derivados de aquellos, lo cual resulta trascendente a la hora de determinar los gastos deducibles, el tipo de gravamen y las retenciones. En este punto, el ponente se refirió a las distintas posibilidades que presenta la tributación de las rentas que provienen de dichos derechos, las cuales, en función de las circunstancias de cada caso concreto, podrán ser calificadas como rendimientos del capital mobiliario, rendimientos de actividades económicas o bien incluidas en el régimen especial de imputación de rentas.

Pese a lo anterior, tal y como se afirmó en la ponencia, resulta más habitual la calificación de las referidas rentas conforme al artículo 25.4.d) de la LIRPF, en virtud del cual constituyen rendimientos del capital mobiliario «*Los procedentes de la cesión del derecho a la explotación de la imagen o del consentimiento o autorización para su utilización*», si bien los mismos no se incluyen entre las rentas de ahorro y, por tanto, no se les aplicará el tipo fijo previsto para las mismas, sino la escala de gravamen.

Para finalizar su intervención, el profesor MENÉNDEZ MORENO hizo alusión a la imputación de rentas derivadas de la cesión de los derechos de imagen, regulación ésta que resulta especialmente complicada, por ello, en su opinión, resultaría más correcto combatir las actuaciones fraudulentas relacionadas con la tributación de dichos derechos a través de los mecanismos generales.

**VI.** La tercera jornada del Curso de verano comenzó con la participación de Don José Juan FERREIRO LAPATZA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Central de Barcelona, quien se centró en «*El régimen de estimación objetiva en el IRPF*», el cual constituye un método habitual de determinación de la base imponible, aunque, de acuerdo con el tenor legal, debería emplearse de manera excepcional. En relación con esta cuestión, tal y como afirmó el ponente, la nueva LIRPF no realiza ninguna reforma importante y se encuentra lejos de simplificar el sistema, de hecho, las únicas novedades se centran en los apartados b) y c) del artículo 31.1.3º de la citada Ley, que modifican los límites para la aplicación del referido régimen, introduciendo una mayor complejidad al respecto.

En general, se distinguen dos métodos dentro de la estimación objetiva: uno basado en módulos y otro en función de los ingresos brutos —relativo a las actividades agrícolas, ganaderas y forestales—. En este sentido, el profesor FERREIRO LAPATZA se hizo eco de distintas dificultades que suscita la aplicación del régimen de módulos, derivadas, por un lado, de la complejidad de estos últimos —los cuales no contienen conceptos precisos—, y, por otro, de que los parámetros empleados se encuentran desconectados de las rentas, pues los mismos no se determinan con base en los ingresos y los gastos.

En suma, en opinión del ponente, los ingresos brutos deberían constituir el concepto fundamental a la hora de calcular la base imponible por el método de estimación indirecta, dado que aquellos reflejan la dimensión de la empresa, junto a lo cual, habrían de preverse también una serie de deducciones que permitieran la aproximación a la renta efectiva, sin llegar a complicar el sistema.

**VII.** El Curso prosiguió con la intervención de Don Ramón FALCÓN Y TELLA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Complutense de Madrid, quien abordó la cuestión relativa a «*Las ganancias y pérdidas patrimoniales en el IRPF*», asunto éste en el que no se han producido numerosos cambios, aunque sí sustanciales. A este respecto, la LIRPF ha simplificado el sistema de integración de las ganancias patrimoniales, incluyéndose dentro de la base imponible del ahorro las que procedan de una transmisión, con la consiguiente aplicación de un tipo de gravamen fijo del 18 por ciento, lo cual, según indicó el ponente, y pese al texto de la Exposición de motivos de la nueva Ley, no atiende a cuestiones de equidad.

De otra parte, la referida Ley ha modificado el tratamiento tributario de las ganancias patrimoniales, suprimiendo el régimen transitorio existente —que preveía la aplicación de coeficientes de abatimiento en función de la fecha de adquisición del elemento transmitido—, aunque respetando los derechos adquiridos por los contribuyentes. Asimismo, el ponente destacó otras novedades, como los cambios introducidos en las normas de valoración de las transmisiones, la supresión de las sociedades patrimoniales y la previsión relativa a la exención de las ganancias que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por parte de personas en situaciones de dependencia.

Por último, y de acuerdo con el profesor FALCÓN Y TELLA, a la hora de analizar la tributación de las ganancias y las pérdidas patrimoniales, resulta fundamental determinar en qué casos la renta deriva de una transmisión, pues de ello depende que se aplique el tipo de gravamen de los rendimientos del ahorro y el régimen transitorio de los coeficientes de abatimiento. En este sentido, a juicio del ponente, el concepto de transmisión ha de entenderse de una manera amplia, ya que, aunque la misma no exista conforme al derecho privado, desde el punto de vista tributario algunos rendimientos deberán reconducirse a la renta del ahorro para evitar discriminaciones en contra del principio de capacidad contributiva.

**VIII.** La cuarta jornada del Curso de verano tuvo por objeto el estudio de los «*Rendimientos del capital mobiliario y operaciones vinculadas en el IRPF*», de la mano de Don Carlos DE PABLO VARONA, Profesor Titular de Dere-

cho Financiero y Tributario en la Universidad de Cantabria, para quien las modificaciones en este ámbito han sido importantes, resultando necesario reflexionar sobre el nuevo sistema y su adecuación al principio de neutralidad.

La fiscalidad de los dividendos en la imposición sobre la renta en España se ha visto notablemente alterada, incorporándose a nuestro ordenamiento una tendencia internacional iniciada a principios de los años noventa en los países nórdicos, consistente en diferenciar el tratamiento fiscal de las rentas procedentes del trabajo personal y las del capital; sin embargo, según señaló el profesor DE PABLO VARONA, a diferencia del modelo nórdico, en el sistema español el tipo aplicable a las rentas del capital no coincide con el del Impuesto sobre Sociedades. De esta manera, la LIRPF introduce un impuesto dual que configura dos tipos de rentas: la base imponible general, que tributa a un tipo progresivo, y la base imponible del ahorro, que tributa a un tipo fijo.

No obstante, para el ponente, aquél no ha supuesto el único cambio en el tratamiento fiscal de los dividendos, sino que además la nueva Ley abandona el método de imputación como medio de integración entre el Impuesto sobre Sociedades y el IRPF, el cual suponía un obstáculo a la libre circulación de capitales, al incentivar la adquisición de acciones de sociedades residentes. Por otra parte, y de manera adicional, se ha incorporado una exención de 1500 euros anuales en favor de los dividendos y participaciones en beneficios, al objeto de evitar que el nuevo modelo perjudique a los pequeños inversores.

Durante su intervención, el profesor DE PABLO VARONA efectuó una valoración de la fiscalidad de los rendimientos del capital mobiliario, partiendo del hecho de que la misma permite encarar el problema de la creciente movilidad del capital y ofrecer un tratamiento neutral a las rentas del ahorro; sin embargo, la principal dificultad radica en encontrar una justificación satisfactoria, en términos de equidad, a la diferenciación entre el gravamen de los rendimientos del capital y los del trabajo personal. Por otra parte, en opinión del ponente, la adopción de un impuesto dual no exigía suprimir el método de imputación, pues bastaba conceder el crédito de impuesto también a los dividendos de fuente extranjera, aunque ello hubiera sido más difícil de concretar en la práctica.

En conclusión, el nuevo sistema mejora la neutralidad, aunque se siguen generando problemas importantes. De esta forma, el profesor DE PABLO VARONA indicó que la LIRPF conlleva efectos negativos, puesto que la misma distorsiona la decisión sobre la organización de la actividad empresarial, promueve la autofinanciación de las empresas en detrimento de la utilización del mercado de capitales, puede frenar la redistribución de beneficios y, por último, reducir las ventajas que la conversión de dividendos en otras rentas conlleva.

Para finalizar su intervención, el ponente hizo alusión a las distintas medidas que ha adoptado la LIRPF en lo relativo a la distribución irregular o encubierta de beneficios, prestando especial atención a las operaciones vinculadas, es decir, al reparto de dividendos que se realiza a través de contratos concertados en condiciones ventajosas para el socio.

**IX.** La última jornada del Curso de verano contó con la participación de Doña María de la Consolación ARRANZ DE ANDRÉS, Profesora de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Cantabria, cuya intervención versó sobre la «*Tributación de los planes de pensiones en el IRPF*».

Según indicó la ponente, los planes de previsión social complementaria presentan numerosas figuras, a las que la LIRPF suma una nueva —los planes individuales de ahorro sistemático—, incentivando, a su vez, el empleo de los planes de previsión social empresarial y los sistemas para proteger a las personas en situación de dependencia.

A lo largo de su intervención, la profesora ARRANZ DE ANDRÉS destacó importantes cuestiones, como el régimen de reducciones de la base imponible previsto en la referida Ley. Además, y en lo relativo a la calificación de los rendimientos derivados de estos instrumentos de previsión social, se indicó que los mismos pueden ser del trabajo, cuando se realizan contribuciones por parte del empresario o prestaciones al trabajador, o del capital mobiliario, en caso de que procedan de operaciones de capitalización y de contratos de seguros de vida o invalidez.

Por otro lado, y de acuerdo con la ponente, una de las mayores novedades del sistema radica en que la LIRPF intenta reorientar los incentivos fiscales hacia aquellos instrumentos cuyas percepciones se reciban de forma periódica, para lo cual se ha eliminado la reducción del 40 por ciento anteriormente vigente para las retiradas del capital acumulado en forma de pago único, lo cual ha provocado numerosas críticas.

A modo de conclusión final, la profesora ARRANZ DE ANDRÉS subrayó que la nueva Ley favorece el tratamiento de las personas discapacitadas, a través del aumento de los límites de deducción en la base imponible y de la previsión de una exención en el artículo 7 de la LIRPF.

**X.** El último participante en intervenir fue Don Juan Enrique VARONA ALBERN, quien se ocupó de la problemática relativa a la «*Tributación de las stock options en el IRPF*». Tal y como recordó este ponente, una *stock option* constituye un derecho de opción de compra sobre acciones que la empresa otorga a un trabajador, condicionado a requisitos de carácter temporal y vinculativo,

y que conlleva un importante incentivo para dicho empleado, que podrá adquirir la acción al precio fijado en el momento de la entrega de la opción.

Según indicó el profesor VARONA ALABERN, fiscalmente las *stock options*, al provenir de una relación laboral, constituyen una retribución en especie, aunque, no existe una regulación específica acerca de las mismas. De esta manera, conforme al artículo 18.2 de la LIRPF, el legislador español ha optado por gravar la opción cuando se ejercita —en el momento de la compra—, lo cual resulta censurable, dado que, a juicio del ponente, el rendimiento habría de entenderse obtenido cuando se hiciera exigible el derecho. Además, por su naturaleza, las *stock options* se generan en un periodo superior al año, por lo que dicha renta habrá de reducirse en un 40 por ciento, con los límites establecidos en la normativa, ya que la LIRPF ha querido potenciar este tipo de operación, siempre y cuando su empleo no resulte sospechoso.

En definitiva, en la actualidad la tributación de las *stock options* todavía requiere una regulación concreta, puesto que la normativa tributaria no se refiere a las mismas de manera completa.

**XI.** La clausura del Curso de verano corrió a cargo de Don Ángel AGUDO SAN EMETERIO, Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria, Don José María ZAMANILLO SÁINZ DE LA MAZA, director de los Cursos de verano de la Universidad de Cantabria en su sede de Laredo, y Don Juan Enrique VARONA ALABERN.

A lo largo de este Curso fueron abordados con profundidad y rigor algunos de los cambios introducidos en la fiscalidad de la renta, prestándose especial atención a las cuestiones que suscita la nueva LIRPF, tanto en los aspectos que han sido modificados por el legislador, como en aquellos que siguen resultando problemáticos. Así, a través de diversas ponencias, se analizaron temas como la tributación de los rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario, de las ganancias y pérdidas patrimoniales, de los derechos de imagen, de los planes de pensiones o de las *stock options*.



## **CRÓNICA DE LAS XIII JORNADAS DE DERECHO DE AGUAS: CIUDADANOS Y USUARIOS EN LA GESTIÓN DEL AGUA**

CRISTINA ARMENDÁRIZ ANTEQUERA

Bajo el Título «Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua», se han celebrado recientemente en la Ciudad de Zaragoza, los días 21 y 22 de febrero del presente año, las XIII Jornadas de Derecho de Aguas, dirigidas por el profesor Antonio EMBID IRUJO, y con el patrocinio de la Universidad de Zaragoza y la Confederación Hidrográfica del Ebro.

Es cita ineludible para todos aquellos interesados en la problemática del agua en España, el encuentro que desde hace varios años, tanto el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, Antonio Embid, como la propia Universidad de Zaragoza, y la Confederación Hidrográfica del Ebro, vienen propiciando. Cita ésta que tras un cierto lapso de tiempo se ha visto retomada con estas XIII Jornadas, bajo un título que, tal y como nos tienen acostumbrados, encaja muy de cerca con las circunstancias sociales y el momento histórico en el que se producen las Jornadas.

En este caso, las Jornadas de Derecho de Aguas se centraron en la presencia de los ciudadanos y usuarios en la gestión del agua, tema de actualidad por los planteamientos que a todos los niveles e instancias públicas se vienen realizando desde hace tiempo, y que entra de lleno en la cuestión relativa a lo que tiene nuestra gestión del agua de participativa y si la participación e información pública presiden o deben presidir las políticas de agua en España, siendo éste el núcleo central y centro indiscutible de debate en estas Jornadas.

El contenido de este evento resulta fundamental, en un momento, en que gira en torno a los temas relacionados con el agua la pregunta de quienes deben de participar en la gestión del agua en España y si es adecuada la presencia en los mismos de nuevos agentes intervinientes.

Ello fue objeto de posturas divergentes, en algunos casos, como era lógico esperar entre ponentes y asistentes, pero siempre fruto de un constructivo e

interesante debate, como no podía ser menos, dada la talla de los conferenciantes que intervinieron y el interés crítico de los presentes al acto.

Y al hilo de las diferentes posturas y por seguir —para mayor claridad expositiva— la intervención en el tiempo de los distintos conferenciantes, he de partir inevitablemente de la primeramente esgrimida por el director de las Jornadas y Catedrático de Derecho Administrativo, Antonio EMBID IRUJO, que recogía en su conferencia, «USUARIOS Y CIUDADANOS: PARTICIPACIÓN E INFORMACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE AGUAS. HISTORIA, PRESENTE Y FUTURO», la importancia de contar con una definición legal, hasta ahora inexistente, de los conceptos de usuario y ciudadano, para poder debatir posteriormente acerca de la participación de unos y otros en todos los ámbitos que implica la gestión del recurso agua.

Esta falta de definición legal no ha obstado, en la práctica, para que podamos establecer una previa diferenciación conforme al factor, si se quiere económico o productivo, que les relaciona con el agua, en el caso de los primeros, no dándose esta circunstancia, en el caso de los segundos, y en la necesaria existencia de un título concesional que asiste al usuario, no así al ciudadano.

Pero tuvo ocasión, asimismo, el conferenciante, de recordarnos que la participación pública de unos y otros, no por estar siendo tan ampliamente debatida en el tiempo presente, es por este motivo, una figura novedosa en nuestro derecho. El principio de participación pública no es desconocido en nuestro ordenamiento, siendo un derecho constitucional que encuentra una plasmación jurídica en España, muy avanzada y anterior a la transposición de las normas europeas, y a su presencia en la Directiva 2000/60/CE, Marco de Aguas.

En este sentido se destacó en esta conferencia las cotas tan altas de participación que los usuarios, detentan, en concreto, en el derecho de aguas español, por su presencia y representación orgánica, no solo, en órganos consultivos, sino en los mismos órganos de gobierno de las Confederaciones Hidrográficas y sus homónimos en las Comunidades Autónomas con cuencas intra-comunitarias.

El derecho de aguas en España hace eco de este derecho de participación, hasta ahora solamente materializado para los usuarios, a muy distintos niveles. Cito algunos de los ejemplos a los que aludió el conferenciante, al referirse a la figura jurídica de las propias Comunidades de Usuarios, a la posibilidad de encomendar a éstas la explotación y mantenimiento de las obras hidráulicas que les afectan, o a su intervención decisiva en los contratos de cesión de derechos para el uso del agua que se celebren entre sus comuneros.

Pero si es la hora de ir más allá en ese principio de participación pública, posibilitando la presencia de otros actores en la gestión del recurso, destaco aquí la reflexión propuesta por el conferenciante a los órganos administrativos para que descarten el juicio de valor que implicaría considerar simplifadamente al usuario como defensor de intereses sectoriales y al ciudadano como defensor de intereses generales. Pues de presuponerle a alguien la defensa de un interés general, éste debiera ser en exclusividad al Estado, como garante, en principio, de los intereses de todos los ciudadanos, como en otra ocasión ha tenido oportunidad de manifestar el profesor Antonio EMBID.

Si la participación de los ciudadanos en nuestro derecho se realiza mediante fórmulas asociativas o colectivas, éstas de alguna manera engloban intereses también sectorizados de nuestra sociedad, sean ambientales o ecologistas, empresariales, sindicales, vecinales, en definitiva tan «egoístas» como el ponente indica, como los de los usuarios, a los que ya desde el inicio se les achaca este calificativo.

Pero el problema de la participación del usuario, en sí mismo, en la gestión de los recursos hídricos, a través principalmente de las Comunidades de Usuarios, y entre éstas, de las de Regantes, nos lleva a cuestionarnos si actualmente es o no escasa esa participación en la planificación y gestión del agua.

La conferencia de la Catedrática de D<sup>o</sup> Administrativo de la Universidad de la UNED, Silvia DEL SAZ, bajo el título de «LA ESCASA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE USUARIOS EN LA PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS. LAS COMPETENCIAS MÍNIMAS DE LAS COMUNIDADES DE USUARIOS Y LAS COMPETENCIAS QUE PUEDEN ASUMIR MEDIANTE ENCOMIENDA DE GESTIÓN Y LA FIRMA DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN», planteó este y otros interrogantes, y la duda sobre si las Comunidades de Usuarios podrían intervenir aún más en la gestión de los recursos existentes en la cuenca, aprovechando las fórmulas legales de participación con que cuentan actualmente, y exigiendo a la Administración el correcto funcionamiento de los órganos de gobierno y de gestión en régimen de participación actualmente regulados, principalmente, en el Reglamento de la Planificación Pública del Agua.

Ante esta cuestión, la conferenciante puso de manifiesto, la escasa utilidad que por parte de los usuarios se obtiene de su presencia, no solo, en los órganos consultivos estatales, sino en los que a nivel Autonómico se siguen creando en los temas relacionados con el recurso agua, así como en los diferentes órganos de gobierno y gestión, cuyo funcionamiento parece no aprovecharse al máximo por los usuarios, aún teniendo, como tienen, una innegable posibilidad de intervención en los mismos.

Resulta de todo ello, a juicio de la conferenciante, una participación orgánica «tímida» de las Comunidades de Usuarios en lo que a la gestión hidráulica se refiere, cuestión ésta apuntada a la que hay quien se opone argumentando una inactividad de la Administración para arbitrar los mecanismos necesarios para que esta participación pueda desarrollarse de forma efectiva.

Esto conecta con la idea apuntada por la misma, de que una nueva regulación de aguas pueda incorporar fórmulas jurídicas que permitan una mayor delegación de competencias de la Administración Hidráulica en las Comunidades de Usuarios, tanto a nivel de concesiones, como de cesiones de derechos de uso, ante los límites legales que implican, por ejemplo, los actuales convenios de colaboración y la escasa viabilidad de la encomienda de gestión como forma de atribución a las Comunidades de Usuarios de funciones técnicas competencia de las Confederaciones Hidrográficas, a raíz de la normativa europea de contratación pública y, en especial, de la Ley 30/1997, de la nueva Ley de contratos del sector público.

La tercera conferencia se produjo a cargo del Ex presidente de la Diputación General de Aragón y Ex magistrado de lo Contencioso Administrativo, Juan Antonio BOLEA FORADADA, y giró en torno a la «NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMUNIDADES DE REGANTES».

En ella mantuvo su ya defendida opinión acerca de la naturaleza jurídico pública de las Comunidades de Usuarios, por tener personalidad jurídica, por ser personas de derecho público, por ser Corporaciones y finalmente por ser Administración Pública, e instó a los regantes a defender esa condición jurídica ante todas las instancias que de una u otra forma pretendan desconocerla.

Conferencia ésta que confronta con algunos sectores doctrinales que han venido defendiendo la naturaleza «semi-pública», de las mencionadas Corporaciones, incluso su naturaleza «privada», en menor medida, pero que no desconoce —haciendo eco de una recientísima Sentencia del Tribunal Supremo— que a pesar de la misma las Comunidades de Usuarios se han quedado fuera de la «Administración Institucional», formando parte de la llamada «Administración Corporativa» y como tal, no equiparadas, como resultado inevitable en algunos ámbitos del derecho, como el fiscal o tributario, a la restante Administración Pública.

Juan Antonio BOLEA finalizó su intervención agradeciendo a los congresos nacionales de Comunidades de Regantes, que aún siguen celebrándose a través de la Federación Nacional de Comunidades de Regantes, la influencia que éstos han tenido en la actualización de las Comunidades hasta el momento presente; y a la Federación Nacional la promoción de los mismos

con el fin de modernizar las Comunidades para el fomento y desarrollo del regadío en España.

Pero el gran reto de los usuarios del agua a través de las Comunidades que les engloban, y en lo que se refiere a la gestión de este recurso, se encuentra, efectivamente, y como puso de manifiesto la ponencia de José Luis CASTELLANO PRATS, Director General de la Vivienda del Gobierno de Aragón, «LAS COMUNIDADES DE USUARIOS COMO GARANTES DE UN USO EFICIENTE DEL AGUA: INFRAESTRUCTURAS Y MODERNIZACIÓN», en el uso eficiente del agua.

Para su consecución, resulta necesario partir de una adecuada política agraria, que establezca las necesidades reales de los cultivos y prevea un régimen de ayudas a los regadíos que permita —ajustándose a dotaciones suficientes— que éstos sean igualmente competitivos, y a que funcione realmente el control ambiental de las obras y en el control interno de las Comunidades.

Esta actuación interna debe estar dirigida, no solo, a incentivar el uso de las mejores técnicas disponibles, como expuso el ponente, sino a que el régimen de policía y control de los aprovechamientos funcione correctamente en el ámbito territorial de la Comunidad.

Respecto de estas cuestiones, las Comunidades de Regantes han modernizado sus regadíos e infraestructuras, habiéndose producido, como se expuso en la ponencia, un cambio de prioridades a favor de inversiones y en la mejora de la eficiencia en los regadíos existentes, pero destacó, igualmente, los cambios que se avencinan a consecuencia de diferentes factores internos y externos, tales como el cambio climático, la contaminación difusa, el actual régimen económico del agua para regadío, o la necesidad de garantizar el suministro ante la tecnificación e inversión en los regadíos actuales, entre otros extremos.

Pero en materia de gestión del agua, las Comunidades de Regantes de Aguas Subterráneas, son consideradas sin duda por algunos, como puso de manifiesto la ponencia de M<sup>a</sup> José GARCÍA VIZCAÍNO, abogado AQUAIURIS, como las grandes marginadas, no solo, en la gestión, sino en la planificación de las aguas subterráneas.

Su intervención bajo el título «COMUNIDADES DE USUARIOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS», puso de manifiesto la falta de una participación de éstas como Comunidades diferenciadas —ante sus propias peculiaridades y particularidades— en los órganos de gestión y régimen de participación de los organismos de cuenca, siendo éste uno de los asuntos que preocupan a la Asociación Española de Usuarios de Aguas Subterráneas.

De ahí la demanda que desde la misma se viene efectuando para que se proceda a una regulación específica dentro del marco legal de estas Comunidades, y se amplíen sus funciones ante la innegable importancia que su actuación puede tener en la correcta gestión de las masas de agua subterránea, entre otros extremos, por su conocimiento acerca del nivel y situación cualitativa y cuantitativa del acuífero y de los aprovechamientos que afectan al mismo.

Entre las propuestas para la modificación del actual régimen jurídico sobre CUAS, se plantearon por la ponente, aparte de la indicada en el párrafo anterior, la de introducir una regulación específica de estas Comunidades en la nueva legislación de aguas en el marco de lo establecido por la Directiva Marco de Aguas, ampliando sus funciones respecto de las actualmente vigentes en el TRLA, y revisando principalmente el sistema de órganos de gobierno para contemplar la creación de comisiones técnicas, así como impulsar la gestión colectiva de este agua, sensibilizar a la sociedad respecto de las mismas, programar un sistema de ayudas técnicas y económicas para su funcionamiento, y cogestionar el agua entres éstas y los organismos de cuenca.

En este mismo bloque de ponencias de la Mesa redonda «Usuarios en la gestión del agua», intervino César TRILLO GUARDIA, Presidente de la Comunidad General de Riegos del Alto Aragón y de la Federación de Regantes del Ebro, para quien resulta necesario que las Comunidades de Usuarios no se encuentren al margen de esa Administración Pública que tan restrictivamente ha definido en una de sus últimas Sentencias el Tribunal Supremo (STS de 15 de diciembre de 2006), debiendo ser convenientemente atendidas, tanto sus propuestas, como su presencia, en todos los niveles institucionales por su innegable aportación en lo que a la gestión del agua se refiere.

Debiendo ser incluso «mimadas», según éste, desde el propio Ministerio de Medio Ambiente, en el sentido de facilitar su labor en materia de gestión, a consecuencia de su dependencia administrativa, adscripción y potestad revisora de los actos que de las mismas devienen.

La ponencia de César TRILLO GUARDIA, «ALGUNAS EXPERIENCIAS EN LA GESTIÓN DEL AGUA EN LAS COMUNIDADES DE USUARIOS Y LA COOPERACIÓN INTERCOMUNIDADES», estuvo marcada por su defensa respecto de la gestión del recurso que desde las Comunidades se realiza, debiendo de producirse un cambio en la visión —para éste distorsionada— que desde algunos colectivos se tienen de las Comunidades de Usuarios, a consecuencia del esfuerzo inversor que se viene produciendo en materia de modernización de regadíos y en materia de financiación de las obras.

Esfuerzo éste que se ve menoscabado si atendemos a las cuestiones apuntadas por el ponente, tales como el incremento de la dependencia energética

y los costes de explotación, el necesario equipamiento de las parcelas a consecuencia de los condicionamientos ambientales en materia de evaluación de impacto ambiental y el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad de presas.

Sin embargo, para el ponente, el esfuerzo que realizan las Comunidades de Usuarios, lo es para generaciones futuras o venideras. Prueba de ello es que las inversiones superan la vida de los propios comuneros que las acometen, y llama la atención en torno a los conceptos de «agua virtual» y «huella hídrica», para explicar la pérdida del recurso agua a consecuencia de la sociedad de consumo en que nos encontramos, con la finalidad de que se produzca ese cambio de imagen distorsionado que para éste afecta, no solo, al regadío, sino a la totalidad del mundo rural.

La presencia de las Comunidades de Usuarios, ya bien, de aguas superficiales, ya bien, de aguas subterráneas, no debe verse disminuida para algunos —como defendía el ponente Juan VALERO DE PALMA MANGLANO— por la participación orgánica de nuevos agentes intervinientes, ante el sobreesfuerzo que implica para los usuarios la gestión cada vez más eficiente y exigente del recurso.

Juan VALERO, Abogado y Secretario de la Federación Nacional de Comunidades de Regantes de España, tras analizar la regulación jurídico estatal y comunitaria del principio de participación pública y de la participación en la Administración pública del Agua, analizó cuál debía de ser el ámbito de participación de los ciudadanos y usuarios en las nuevas demarcaciones hidrográficas.

De acuerdo con el título de su intervención «LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS EN LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS», entiende que la participación de éstos en dichas demarcaciones, por su contribución económica al mantenimiento de las Confederaciones Hidrográficas, de las obras y de los embalses, así como por la naturaleza como Corporaciones de Derecho Público de las Comunidades de Usuarios en que éstos se engloban, ha de ser mayoritaria en los órganos de gestión.

Y ello sin menoscabo del derecho de participación de otros colectivos representativos de otros intereses en el diseño del modelo de la cuenca, y en la planificación hidrológica, que debe contar con una intervención de la sociedad en sentido amplio, pero que —sin querer mal interpretar al ponente— no deben menoscabar para éste la representación de un tercio de los usuarios del número total de los vocales en los nuevos órganos de gestión.

Podría pensarse por ello en una cierta preocupación que para algunos representa la merma de su poder de decisión e intervención en la toma de

decisiones a consecuencia de la participación orgánica de la ciudadanía en los asuntos que afectan a la gestión y planificación de los recursos.

Por ello un interesante tema de debate se deriva precisamente de cómo está regulada esa participación de los ciudadanos y usuarios en los órganos colegiados del agua.

Saltándome en este caso el orden de intervenciones conforme al cual se viene desarrollando este trabajo, adelanto unas líneas sobre la conferencia de la profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, Nuria GARRIDO CUENCA, acerca precisamente de la «PARTICIPACIÓN DE LOS CIUDADANOS Y USUARIOS EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS DEL AGUA».

Esta conferencia estuvo centrada en el análisis de la composición de los distintos órganos de gobierno y de gestión en régimen de participación, y en la representación de los usuarios en los mismos, no solo, en éstos, sino en aquellos que considera un original régimen de presencia tanto de usuarios como de ciudadanos en los órganos de las Comunidades Autónomas con Administración Hidráulica propia, tales como la Agencia Andaluza del Agua, la Agencia Catalana del Agua, o la Agencia Vasca, entre otros.

Régimen éste que en el ámbito de la Agencia Andaluza del Agua, fue objeto en su día de un fuerte rechazo por parte de las Comunidades de Regantes, por la composición, tanto de los distintos órganos de gobierno, como de gestión, principalmente de los Comités, ante la intervención, no solo, de las denominadas organizaciones representativas de intereses socioeconómicos, sino por la inexorable necesidad de decidir, entre todas las Comunidades de Regantes, quiénes iban a representar los intereses de todas ellas en los citados órganos, acostumbrados como estaban a la presencia mayoritaria, si no plena, de todas ellas en las anteriores Juntas de Explotación del Organismo de Cuenca.

Una aproximación al derecho comparado vino de la mano del profesor de las Universidades de Champagnat y de Mendoza, Santiago J. RUIZ FREITES, que en una interesantísima conferencia bajo el título de «CIUDADANOS Y USUARIOS EN LA GESTIÓN DEL AGUA EN LA ARGENTINA» nos brindó la oportunidad a los asistentes de acercarnos al derecho de aguas argentino y mendocino, denotándose por lo expuesto por el conferenciante que, a nivel general, el consenso y la participación están siendo buscados en todas las legislaciones y políticas que se hacen sobre el agua, incluso en la Argentina.

Finalmente, las Jornadas de Derecho de Aguas fueron el foro para la exposición de las distintas políticas participativas que hoy en día se vienen emprendiendo en España y Europa, en la Mesa redonda «Experiencias de



participación en la gestión el agua», como la que resulta de la Comisión del Agua de Aragón a la que nos acercó Alfredo BONÉ PUEYO, Consejero de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, o la emprendida por la Confederación Hidrográfica del Guadiana, con el Plan del Alto Guadiana, explicada por su Presidente Enrique J. CALLEJA HURTADO, la experiencia de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir para dicha Demarcación, de la que se ocupó Leandro DEL MORAL ITUARTE, profesor titular de la Universidad de Sevilla y presidente de la fundación Nueva Cultura del Agua, la del grupo de trabajo de aguas subterráneas, explicada por parte de Fernando LÓPEZ VERA, Catedrático de Hidrogeología de la Universidad Autónoma de Madrid, y la del proyecto Newater a la que nos acercó Consuelo VARELA ORTEGA, profesora titular del Departamento de Economía Agraria de la Universidad Politécnica de Madrid.

Todas estas experiencias denotan la necesidad de buscar el consenso y el acuerdo en la gestión del agua, realizando una consulta participativa de todos los interesados.

De las distintas ponencias puede desprenderse en síntesis que la participación debe ir dirigida a la búsqueda de mejorar la gestión del recurso, persiguiendo el equilibrio entre todos los intereses implicados.

En esa tarea, ciudadanos y usuarios han de complementar esfuerzos y desechar estereotipos respecto de los intereses perseguidos por unos y otros.

Por lo que en este sentido resulta interesante el objetivo de una intervención de todo el público en los temas relacionados con el agua, sin olvidar que esta intervención debe ser real y no un simple formalismo jurídico, debe ser usada para avanzar y no para generar enfrentamientos, y debe hacerse efectiva por parte de los ciudadanos y usuarios mediante los mecanismos que la ley les habilita.

En definitiva, estas Jornadas han venido marcadas por el principio de la participación, en sus diferentes fórmulas, así como el de la información a los usuarios y ciudadanos en la gestión del dominio público, y en la planificación hidrológica.

Pocas veces un evento como el que se propició en las fechas señaladas se ha correspondido tanto con el título que nos hizo concurrir al mismo, lográndose desde el ámbito académico a que todos participemos en el conocimiento de cómo se viene desarrollando la política de aguas en España, cómo podemos mejorarla y cómo podemos todos ser parte de ella.

## **CRÓNICA DE LAS XXVII JORNADAS FISCALES ARAGONESAS (Zaragoza, 12 y 13 de marzo de 2008)**

OLGA CARRERAS MANERO Y SABINA DE MIGUEL ARIAS

I. Los pasados días 12 y 13 de marzo de 2008 tuvieron lugar en Zaragoza las «XXVII Jornadas Fiscales Aragonesas», organizadas por la Escuela de Negocios de la Caja de Ahorros de la Inmaculada y el Ilustre Colegio Oficial de Titulados Mercantiles y Empresariales de Zaragoza.

Estas Jornadas han venido constituyendo un importante foro de discusión para los aragoneses que ejercen su actividad profesional en el ámbito fiscal y, en esta edición, se dedicaron al análisis de algunas de las novedades legislativas recientemente aprobadas en este campo. En este sentido, han sido numerosos los cambios normativos que han afectado al cálculo del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF, en adelante), así como a la regulación de las ventajas fiscales de que gozan las empresas familiares en nuestra Comunidad Autónoma.

II. La sesión inicial llevó por título «Ventajas fiscales para empresas familiares, criterios administrativos» y fue desarrollada por Don Francisco POZUELO ANTONI, Inspector de Hacienda del Estado y Director General de Tributos del Gobierno de Aragón. A lo largo de su intervención, el ponente analizó los diferentes criterios administrativos emanados de la Dirección General de Tributos en lo que respecta a la compleja cuestión de la sucesión de la empresa familiar, distinguiendo, para ello, entre los beneficios relativos a los empresarios individuales y a las sociedades.

En cuanto al primero de los aspectos apuntados, el ponente se refirió a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de aquellos bienes y derechos pertenecientes a personas físicas que resulten necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. En concreto, fueron estudiados con detalle los requisitos requeridos para la aplicación de este beneficio, a saber: que se trate de un bien o derecho necesario para el desarrollo de la actividad económica, que el contribuyente ejerza dicha actividad de forma directa y que la misma constituya su principal fuente de renta.

Una vez examinado lo anterior, POZUELO ANTONI analizó la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones prevista para la adquisición *mortis causa* de empresas individuales, destacando las especialidades existentes al respecto en la Comunidad Autónoma de Aragón, cuya normativa facilita el acceso a dicho beneficio. A su vez, y en lo que respecta a la bonificación relativa a las donaciones de dichos negocios, también en este supuesto la regulación aragonesa simplifica los requisitos requeridos para su reconocimiento.

A continuación, la intervención se centró en los beneficios fiscales que afectan a las empresas familiares de forma societaria, comenzando por la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de la titularidad de participaciones en tales entidades, cuyas condiciones de aplicación han provocado importantes discrepancias en la práctica.

Por otra parte, y en relación con la cuestión referente a la sucesión de empresa, POZUELO ANTONI estudió las previsiones que al respecto establece la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. De esta forma, se reconoce una reducción en dicho impuesto por la transmisión *mortis causa* de las acciones que hubieran estado exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio, con ciertos requisitos, facilitándose la aplicación de este beneficio en las normas aragonesas.

Por último, el ponente aludió a la reducción prevista para la donación de participaciones, cuya aplicación requerirá el cumplimiento de una serie de condicionantes, en concreto, que aquéllas se mantengan en el patrimonio del donatario durante un periodo mínimo, que el donante tenga más de 65 años o presente una incapacidad absoluta y, además, ponga fin a sus labores de dirección.

**III.** La segunda conferencia versó sobre «El Impuesto de Sociedades tras la reforma contable» y corrió a cargo de Don Ignacio PÉREZ ROYO, Profesor de Derecho financiero y tributario en la Universidad de Sevilla y miembro de la Asociación Española de Asesores Fiscales. A lo largo de esta intervención se abordó una cuestión fundamental, pues, tal y como indicó el ponente, la aprobación de la reforma contable ha supuesto un cambio significativo en el Impuesto sobre Sociedades.

Tras analizar las principales novedades incluidas en la normativa contable, PÉREZ ROYO examinó la reforma del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS, en adelante). En primer lugar, el ponente puso de manifiesto las modificaciones introducidas en el artículo 11 de dicho texto legal —relativo a las amortizaciones—, en lo que respecta a las operaciones de arrendamiento con opción de compra o renovación, así como a la amortización del inmovilizado intangible.

Acto seguido, dicho profesor analizó la regulación de las pérdidas por deterioro del valor de elementos patrimoniales (artículo 12 TRLIS), que se corresponden con las tradicionales provisiones de activo. Con relación a ello, a su juicio, en ocasiones podrán requerirse ajustes al resultado contable derivados tanto de la existencia de reglas fiscales relativas al deterioro de determinados activos, como de las provisiones del nuevo Plan General Contable.

La siguiente cuestión de la que se ocupó el ponente se centró en las provisiones (artículo 13 TRLIS), cuya regulación actual toma en cuenta la reforma contable en lo que respecta a la aplicación del principio de prudencia y a la definición legal del pasivo. Junto a ello, también se destacaron otras materias de interés, como la referencia al valor razonable como regla de valoración y la problemática sobre la imputación temporal de los ingresos y los gastos.

Finalmente, PÉREZ ROYO reflexionó acerca de la introducción en el TRLIS de la exención parcial de los ingresos procedentes de determinados activos intangibles, así como de la modificación de la deducción por reinversión de resultados extraordinarios, distinguiendo, de forma detallada, los requisitos a los que la citada norma ha condicionado el disfrute de este último beneficio fiscal.

**IV.** La tercera ponencia fue desarrollada por Don Manuel DE MIGUEL MONTERRUBIO, Subdirector General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, quien puso de relieve las principales novedades acaecidas en el IRPF durante el año 2007.

Más en concreto, el ponente destacó que con la reforma del IRPF se ha mejorado la carga tributaria de las rentas del trabajo. Para ello, y tal y como indicó, se han adoptado dos medidas. La primera de ellas eleva la cuantía y tramo inferior de la reducción por obtención de rendimientos del trabajo, pasando a deducirse en el cálculo de los rendimientos netos del trabajo, en lugar de actuar como reducción de la base imponible. Pero además, se han alargado los tramos de la tarifa, suprimiendo uno de sus tramos y bajando el marginal máximo.

A continuación, DE MIGUEL MONTERRUBIO manifestó que otra novedad recogida en la actual Ley del IRPF es la elevación de las cuantías del mínimo personal y familiar, operando éste, además, como un tramo a tipo cero.

Seguidamente, y por lo que atañe al régimen jurídico-tributario de las rentas derivadas del ahorro, entendidas éstas como el ahorro financiero y las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de transmisiones, el ponente estimó que actualmente existe neutralidad en el tratamiento de las mismas. Y es que, dichas rentas tributan a un tipo único del 18%, suprimiéndose los porcentajes reductores por período de generación superior a dos años del aho-

rro financiero y el plazo temporal de un año para la tributación de las ganancias derivadas de transmisiones.

La cuarta novedad de la que dio cuenta DE MIGUEL MONTEERRUBIO fue la relativa a la mejora de los sistemas de previsión social y dependencia. A este respecto, expuso, en relación con las pensiones complementarias privadas, que el límite de deducción por aportaciones a fondos y planes de pensiones y productos ligados a la dependencia es de 10.000 euros anuales, aumentándose dicho límite para los mayores de 50 años a 12.500 euros anuales. Asimismo, las aportaciones no pueden superar el 30% de los rendimientos netos del trabajo y actividades económicas, siendo del 50% para mayores de 50 años.

Por lo que concierne a los instrumentos de cobertura de compromisos por pensiones, el ponente destacó, por un lado, que los planes de previsión social empresarial tienen los mismos beneficios fiscales que los planes de pensiones de empleo y, por otro, que la imputación fiscal de las primas de los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones es voluntaria para el empresario (salvo en los contratos que cubran exclusivamente riesgo), pero la decisión que se adopte debe mantenerse hasta la extinción del contrato.

Atendiendo a las situaciones de dependencia, DE MIGUEL MONTEERRUBIO distinguió el tratamiento tributario de las personas no dependientes de las que ya lo son. Respecto de las primeras, afirmó que a éstas les corresponden incentivos fiscales para su aseguramiento mediante reducciones en la base imponible; por su parte, a las segundas se les permite la movilidad de su patrimonio inmobiliario. Así, expuso que los contribuyentes en situación de dependencia severa o gran dependencia podrán vender su vivienda habitual sin tributar por la ganancia patrimonial obtenida, o bien percibir cantidades de su vivienda sin transmitirla.

En último lugar, el ponente dio cuenta de una serie de novedades de carácter heterogéneo tales como las modificaciones llevadas a cabo en los rendimientos de actividades económicas, del capital mobiliario e inmobiliario y en la gestión del impuesto. Asimismo, destacó la excepción de la aplicación de la cuarentena fiscal en el supuesto de personas físicas de nacionalidad española residentes en el Principado de Andorra que acrediten su condición de trabajadores asalariados, siempre que se cumplan determinados requisitos.

**V.** La última ponencia programada sobre «Las operaciones vinculadas en el Impuesto de Sociedades del ajuste bilateral al ajuste secundario y presunción de simulación» corrió a cargo del profesor Don Andrés SÁNCHEZ

PEDROCHE, Profesor Titular de Derecho financiero y tributario y Presidente del Tribunal Económico Administrativo Local de Cuenca.

A este respecto, el ponente indicó que, como consecuencia de la reforma del artículo 16 del TRLIS por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPF, en adelante), las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas deben valorarse necesariamente por su valor normal de mercado, encontrándonos ante una norma imperativa de valoración. De este modo, en opinión de SÁNCHEZ PEDROCHE, si tal valor no se aplicase cabe la comprobación administrativa con los ajustes correspondientes, lo que supone que se extremen las obligaciones de documentación de los valores aplicados, cuyo incumplimiento es constitutivo de infracción tributaria.

A continuación, dicho profesor puso de manifiesto que el ajuste secundario de la LMPF introduce una presunción de simulación. Con relación a ello, afirmó que aunque la normativa fiscal debe estar alerta ante las operaciones que desarrollen personas vinculadas, dado que en éstas no existe libre competencia, ni intereses contrapuestos, no resulta necesario prever ficciones, ni modificar el hecho imponible realizado.

No obstante lo anterior, SÁNCHEZ PEDROCHE dio cuenta de que el actual artículo 16.8 del TRLIS exige recalificar jurídicamente dichas operaciones, pero, no porque lo requiera la esencia del negocio realizado, sino como consecuencia de las discrepancias valorativas. A estos efectos, consideró que dicho precepto presupone (sin posibilidad de prueba en contrario) la existencia de simulaciones totales o parciales en las operaciones realizadas y, además, incorpora una ficción que encierra una interpretación económica que no respeta el carácter jurídico del hecho imponible del impuesto.

Finalmente, el ponente concluyó, en relación con lo expuesto *supra*, que nos encontramos ante una ficción jurídica que trata de ponerse al servicio de la lucha contra el supuesto fraude a que se ven abocadas las operaciones vinculadas. Ahora bien, el riesgo estriba en la posible conculcación del principio de capacidad económica, porque si la norma se aparta de la realidad, la riqueza que se somete a gravamen se desnaturaliza.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BARRA, Rodolfo: *Tratado de Derecho administrativo*, tres tomos, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2002.

El Tratado de Derecho Administrativo del profesor Rodolfo Carlos BARRA es una obra magna de Derecho Administrativo escrita a lo largo de diversas etapas que cuenta con cerca de tres mil páginas de estudio y comentario de las principales instituciones, categorías y conceptos que componen la esencia y el desarrollo de una rama de la ciencia jurídica que ha de aspirar, ahora más que nunca, a la ordenación racional del bien general de acuerdo con los postulados de la justicia.

El Tratado del profesor BARRA tiene la virtualidad de haber sido escrito por un profesor de derecho administrativo que ha sido juez (ministro de la Corte Suprema), que ha sido miembro de las Cortes Constituyentes de 1994, que ha sido ministro de justicia de la nación y que, también, fue presidente de la Auditoría General de la nación argentina. Sus experiencias en los tres poderes, como el mismo confiesa, le han permitido modular sus puntos de vista sobre el Derecho Administrativo y, para lo que a nosotros interesa, le han ratificado en sus principales puntos de vista sustantivos y metodológicos en relación con el concepto del Derecho Administrativo.

Rodolfo Carlos BARRA ha conseguido algo a lo que aspiramos todos los profesores de Derecho Administrativo. Pensar este sector del Derecho Público a partir de unas bases y matrices coherentes que den sentido a la disciplina y que a la vez se inscriban en el marco de la ciencia jurídica, o lo que es lo mismo, que ayuden a entender el Derecho Administrativo en su inextricable e imprescindible relación con la justicia. Algo que, lamentablemente, hoy no está de moda. Más bien, el Derecho Administrativo se ha ido convirtiendo no ya en un mero apéndice de la función gubernamental sino, y esto es todavía más grave, en puro derecho adjetivo, formal, en la justificación desde la cúpula para la exaltación y sublimación de inconfesables intereses económicos. Por eso, la lectura del Tratado del profesor BARRA es un privilegio intelectual que permite al jurista renovar sus principios y convicciones en la justicia, en este caso en la justicia distributiva que, en palabras del profesor argentino, es la matriz rectora de la concreta e individualizada adjudicación social de la justicia distributiva.

La aproximación de Rodolfo Carlos BARRA parte, como el mismo confiesa en la introducción al Tratado, de su tesis doctoral. Tesis doctoral que constituye un estudio básico sobre la fundamentación del Derecho Administrativo. En efecto, veinte años atrás el profesor BARRA defendía con éxito su memoria doctoral bajo la rúbrica «El Derecho Administrativo como sistema de Derecho



Público en el marco de la justicia distributiva». En dicha investigación BARRA concibe el Derecho Administrativo como un sistema apoyado en cuatro pilares que se relacionan e interactúan permanentemente: el bien común, que es la causa final del Estado; la justicia distributiva, como matriz rectora de la concreta e individualizada adjudicación social de aquel bien; el Derecho Público, rama del Derecho que rige las relaciones jurídicas que tienen por fin la adjudicación del bien común a las personas que componen la sociedad; y finalmente, la propia relación jurídica como medio e instrumento de semejante operación jurídica. Sobre estos cuatro puntos cardinales descansa la obra entera del profesor BARRA que ahora comentamos.

Una concepción del Derecho Administrativo desde la perspectiva de la justicia no es, sin embargo, habitual entre nosotros. Normalmente hemos ingresado al estudio de esta disciplina jurídica a partir de reflexiones acerca de la función administrativa, a partir del interés general o a partir de la propia posición institucional y jurídica de la Administración pública. Es decir, el solar desde el que se ha construido ordinariamente la esencia del Derecho Administrativo ha sido, y es a pesar de todo, el positivismo. Una perspectiva de acercamiento a la ciencia jurídica que en mi opinión es insuficiente, parcial y en muchos casos legitimadora de las profundas arbitrariedades que hoy acompañan a un Derecho Administrativo montado todavía desde la prerrogativa y el privilegio de la Administración y de quienes en cada caso son sus ocupantes. El profesor BARRA, que parte de la aproximación principal al Derecho Administrativo escribe que el centro de Derecho es la persona y que los principios de subsidiariedad y solidaridad son dos de sus señales de identidad. Frente a un punto de vista que se cierra sobre sí mismo y que a la larga no es más que una construcción para legitimar el ejercicio del poder, no importa de que manera, ni en que forma, porque lo determinante será el poder, la tesis del profesor BARRA, más abierta, ofrece nuevos derroteros y, sobre todo, constituye una bocanada de aire fresca frente a tanta obsesión por justificar como sea el poder, en lugar de exigirle que se ejerza de acuerdo con los postulados de la justicia, humanizando el interés general y propiciando una mejora sustancial de las condiciones de vida todos los ciudadanos.

Insisto, el profesor BARRA parte de principios, elementos y un método propio, el sistémico, sobre el que levanta el edificio de la ciencia del Derecho Administrativo. Se trata, pues, de explicar, y comprender, todo el Derecho Administrativo desde unas determinadas premisas que facilitan el sentido de todas y cada una de sus instituciones, conceptos y categorías. Se podrá o no estar de acuerdo con los principios de los que parte, pero lo que no se puede negar es su esfuerzo racional y sistémico por encajar los diferentes elementos como expresiones y manifestaciones lógicas de esos postulados. Quien escribe, desde luego, participa de la aproximación abierta al Derecho Administrativo y de la

centralidad de la dignidad de la persona como patrón y eje sobre el que debe girar todo el Derecho Administrativo. Es más, partiendo de la concepción del profesor González Navarro, acostumbro a entender el Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad y para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Si, desde luego, renunciamos al fin del bienestar general, o bien común, de la sociedad y de los ciudadanos, para embarcarnos en operaciones formales, más o menos brillantes, de justificación del poder, estamos, como suele decirse coloquialmente, cosiendo sin hilo.

El sistema del que parte BARRA es coherente y autosuficiente aunque, como el mismo reconoce, no puede vivir al margen del resto de otras expresiones de la ordenación jurídica. Por una razón, porque si convenimos en que lo sustancial es, en efecto, lo racional, la jurídica, la adjudicación a los ciudadanos de lo que en justicia le corresponde, entonces tendremos que admitir, por ejemplo, que el Derecho privado también puede jugar en este campo porque, insisto, lo esencial, es que el bienestar general de los ciudadanos sea razonable y adecuado a la dignidad personal. Desde estos parámetros, pues, se comprende el entero sistema que construye Rodolfo Carlos BARRA.

En este sentido, conviene también llamar la atención de que se estudia el Estado desde un punto de vista estrictamente jurídico, como Estado-ordenamiento siguiendo a Santi Romano. BARRA afirma categóricamente que el Estado de Derecho es la matriz central desde la que hay que comprender el Derecho Administrativo. Por tanto, los tres elementos centrales de esta manera universal de entender la democracia representativa: centralidad de los derechos individuales, separación de poderes primacía de la legalidad y han de estar presentes permanentemente en la construcción de las diferentes instituciones, conceptos y categorías que integran esta rama del Derecho Público.

El Estado, expresión del Derecho y la justicia, sin embargo, se diferencia de la justicia y del Derecho, a ellas se somete y desde ellas se explica. Confundir el Estado, el Derecho y la Sociedad, algo muy frecuente desde posiciones inmanentistas o desde contextos cerrados, supone amputar del Derecho Administrativo su vocación de colaborador de la justicia distributiva según la tesis de BARRA. Por eso el Estado de Derecho, la cultura jurídica occidental que se resume en la primado de los derechos humanos es el solar sobre el que las instituciones del Derecho Administrativo tienen pleno sentido, es el solar desde el que el concepto de prerrogativa o poder público tienen sentido, es el solar desde el que el acto administrativo, los contratos administrativos, la policía, el fomento o el servicio pública adquieren armonía y consistencia. Si continuamos explicando el Derecho Administrativo desde la idea de la unilateralidad sin introducir las modulaciones que la teoría de los derechos humanos trae consigo, por ejemplo en materia de tutela judicial efectiva, enton-

ces nuestra disciplina hasta puede convertirse en tabla de salvación de determinadas concepciones autoritarias e irracionales que pretenden basar el orden jurídico a partir de la fuerza del poder, o todo lo más, de un poder que se intenta racionalizar en alguna medida. La racionalización del poder es, por supuesto, una de las constantes de la proyección del Estado de Derecho sobre el Derecho Administrativo, que se lo pregunten sino a los padres de la revolución francesa, pero no es la única ni la más relevante. La lectura del Tratado de BARRA, me parece, ofrece argumentos y explicaciones convincentes para sustituir la centralidad del poder por la centralidad de la dignidad de la persona. Desde esta nueva luz, el alma del Derecho Administrativa adquiere nuevos contornos, nuevas perspectivas y, sobre todo, se subraya la consideración finalista del quehacer de los poderes públicos: el servicio objetivo y racional a todos los ciudadanos, o, lo que es lo mismo, la primacía del bienestar general o bien común sobre otras consideraciones que pueden ser importantes, pero en todo caso, a ella subordinadas.

Por otra parte, me parece que es menester detenernos, siquiera sea un momento, en relación con otra afirmación del doctor BARRA que me parece especialmente atinada. La perspectiva cuatripartita sobre la que apoya toda su construcción del Derecho Administrativa es acreditada por la realidad. En su opinión, su paso por el poder ejecutivo, por el poder judicial o por el legislativo le permiten tal aseveración. Quiero llamar la atención sobre esta cuestión porque, en mi opinión, la realidad, con frecuencia, se deja al margen de las diferentes maneras de entender las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo. Por una razón, porque la realidad, que es también expresión de la justicia, obliga, me parece, a contrastar permanentemente los puntos de vista, a contemplar las instituciones, por ejemplo, no como fotos fijas, sino como instituciones dinámicas que el jurista ha de analizar para buscar la justicia, sea como legislador, como gobernante o como juzgador. En cada caso de manera distinta, pero en todos desde el prisma de esa relevante tarea de la que nos habla BARRA de adjudicar individualmente a cada persona la parte de bien común, de bienestar general a que tienen derecho. La realidad es pues el campo de trabajo del jurista y desde ella ha de laborar. Abstraerse de la realidad, abandonarla para caer en las garras del doctrinarismo es un riesgo en el que periódicamente caemos los juristas. BARRA, que es consciente de ello, señala que se experiencia práctica le permite seguir creyendo a pies juntillas en las intuiciones y principios de los que partió hace ahora veinte años, con ocasión de sus tesis doctoral ya referida.

El sistema, con sus principios, y el método empleado por el profesor Rodolfo Carlos BARRA tienen otra virtualidad: facilitan el encuentro entre Política y Derecho. Dos realidades a menudo enfrentadas debido al permanente intento de abandono de la razón y del Derecho por parte del poder. En efecto,

desde la consideración cuatripartita de BARRA es posible entender el poder en su proyección y continua orientación hacia la plenitud de los derechos fundamentales de la persona a través de un ejercicio constante de la justicia distributiva. BARRA maneja con maestría los principios generales del Derecho, que son la fuente principal de su razonamiento y argumentación jurídica. Así, en los primeros capítulos del Tratado, en el primer volumen, encontramos pertinentes reflexiones, a partir de la filosofía realista y de la metafísica, acerca de la esencia y del alma del Derecho Administrativo. Al profesor BARRA le preocupa, no sólo la exposición del contenido de las instituciones, sino desentrañar desde la recta razón el sentido y la causa del propio Derecho Administrativo. Así, de esta manera, desde su convencimiento de la naturaleza permanente del bien común, que es el fin del Estado, encuentra sobrada justificación la operación jurídica de adjudicación racional e individual de dicho bien general a todos los ciudadanos desde la justicia distributiva. Encontramos, en este primer volumen, importantes consideraciones, a partir de los principios de subsidiariedad y solidaridad, de la función administrativa, del régimen de Derecho Público y de las fuentes, con especial referencia a la función presidencial, de tanta relevancia en el Derecho Administrativo Argentino.

Igualmente, se analiza la organización del Estado y de la Administración pública que BARRA concibe como el esqueleto sobre el que descansa el entramado institucional del Derecho Administrativo. Parte sustancial, poco tratada en los cursos al uso de Derecho Administrativo es la exposición del Derecho presupuestario, materia que, sin embargo, es bien importante en nuestra disciplina pues sabido es que la Hacienda pública y el Derecho presupuestario son básicos para la implementación y preparación de la toma de decisiones administrativas. El acto administrativo y sus propiedades, su régimen jurídico, es abordado por BARRA, así como la regulación administrativa en materia medioambiental, en materia urbanística y, por supuesto, en la esfera económica en general. Todo ello, junto al servicio público, al fomento y a la responsabilidad se aborda en el Tratado, especialmente estas últimas lecciones en el tomo tercero. Hay que advertir, sin embargo, que las reflexiones del profesor BARRA en materia de Administración financiera, acto administrativo, regulación económica, servicio público, fomento o derecho medioambiental serán tratadas monográficamente en otros tomos. Por ejemplo, el tomo cuarto se dedicará a la Administración financiera, el quinto a los derechos reales administrativos, el sexto, a los contratos, obras públicas y concesiones y el séptimo a la policía, el fomento y el servicio público tal y como Jordana de Pozas categorizó la actividad administrativa desde la perspectiva material.

El tomo segundo se dedica a la organización, con especial referencia al estudio de algunos conceptos como el de órgano y función que, como es sabido, proceden del Derecho Canónico. A partir de aquí, y como estamos

#### BIBLIOGRAFÍA

ante un manual de Derecho de una Universidad de la Iglesia Católica, el profesor BARRA realiza un minucioso examen de las cuestiones del Derecho Administrativo Canónico de mayor relevancia para la parte general del Derecho Administrativo.

Finalmente, en el tomo tercero, junto a las materias anteriormente indicadas, policía, fomento, servicio público y responsabilidad, el autor estudia la reacción jurídica del particular frente a los actos y las normas administrativas, bien en vía administrativa, bien en sede judicial.

En fin, nos encontramos ante una obra magna de Derecho Administrativo. La lectura del Tratado en tres tomos del profesor Rodolfo Carlos BARRA nos revela que estamos ante un maestro del Derecho Administrativo, ante un jurista que tiene pensamiento propio, que construye las instituciones a partir de los principios que sienta, que critica razonadamente las diferentes posiciones doctrinales que no coinciden con la suya, y, que, sobre todo, trasciende los manuales al uso. Estamos, insisto, ante un Tratado que, por derecho propio, habrá que considerar entre los grandes cursos de Derecho Administrativo.

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

LÓPEZ INSAUSTI, Rafael y BARINGO EZQUERRA, David: *Tuning Urbano. Los Cerramientos Acrystalados: entre el urbanismo ciudadano y la picaresca urbanística*, Ecología y Desarrollo, Zaragoza, 2008, 143 páginas.

Rafael LÓPEZ INSAUSTI y David BARINGO EZQUERRA no podían haber definido con mayor exactitud la problemática de los cerramientos de galería con el término «tuning urbano». Un término que centra el título del libro en una temática más que relevante en los últimos meses debido al cambio de política urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza sobre las autorizaciones para la realización de dichas actuaciones.

Cuando se utiliza el concepto de tuning urbano se hace referencia a la acción de todo vecino al proceder a la realización de modificaciones en los balcones, ventanales o terrazas mediante la instalación de un cerramiento acristalado o de cualquier otro material en su vivienda, con las consecuencias que ello lleva aparejado tanto del punto de vista estético como urbanístico.

El ensayo-estudio, como lo vienen a denominar, se estructura en diversos apartados a través de cuales se nos presenta un estudio exhaustivo de cual es la situación de este fenómeno en la ciudad de Zaragoza. En base a un estudio de campo realizado en 2007 y completado con diferentes puntos de vista tanto sociológicos, jurídicos e incluso técnicos, los autores fijan el propósito del libro en que a la vista de la información aportada, sea el propio lector el que elabore su propia opinión al respecto, circunstancia que a lo mejor podría haber sido contrapuesta con un pequeño apunte en el que se diera una postura personal al respecto.

El primer apartado a modo de introducción, es destinado a elaborar brevemente un análisis de las posturas favorables y desfavorables sobre los cerramientos. Posturas favorables que aluden a una muestra de urbanismo ciudadano, participativo, en el que cada vecino pueda moldear su vivienda según sus gustos y necesidades, que se ven contrapuestas por los detractores de estos cerramientos, para los cuales se debe atender a las repercusiones estéticas en la ciudad que conllevan la realización de estas acciones y, sobre todo, al elemento especulativo implícito relacionado con el aumento de edificabilidad de las viviendas.

A parte de una breve explicación sobre qué es un cerramiento acristalado en fachada, idea necesaria para centrar la temática de estudio y completada posteriormente con las clases de cerramiento y materiales más utilizados, el estudio prosigue con un análisis de la situación de los edificios por los distintos barrios de Zaragoza.

Las conclusiones del estudio realizado, revelan unos resultados más que curiosos, tal y como se expone a través de mapas explicativos, y es que el 59,4% de los edificios que tenían algún balcón en fachada presentaban al menos un cerramiento acristalado como añadido al proyecto original. Un porcentaje, que transcrito a barrios, variaba según la situación de consolidación del barrio y a la calidad de las viviendas, dándose mayor porcentaje en los barrios con viviendas más modestas. Unos datos que considero sorprendentes y que muestran que no necesariamente estas actuaciones se dan sobre viviendas propiedad de personas con mayor nivel adquisitivo como en principio se podría pensar.

Una vez centrada la problemática, el libro prosige con una explicación exhaustiva de los aspectos que fomentan la proliferación de los cerramientos de galería. Aspectos que van desde la picaresca de conseguir un aumento de edificabilidad en la vivienda, subsanar errores de diseño o defenderse de un entorno urbano hostil, adaptar la vivienda ante un inexistente uso original de destino del balcón o galería o, simplemente, por un acto de rebeldía e innovación del propietario frente a la disposición arquitectónica que le venía impuesta cuando compró la vivienda

La verdad es que dichos puntos de estudio reflejan con exactitud la mentalidad de la mayoría de las personas que se disponen a acometer dicha obra en su vivienda y que en algunos casos rozan ya lo tópico, como vienen a indicar los autores al llegar a preguntarse, ¿es el tuning urbano cosa de machos?

Quizá los epígrafes que con más ansia esperaba eran los relativos al marco jurídico y disciplina urbanística.

Ambas partes son abordadas por Javier Hernández. La primera de ellas, el marco jurídico de dichas actuaciones, viene a desdoblarse en dos puntos de vista, por una parte, el ámbito civil, centrado en la normativa aplicable a la propiedad horizontal y, por otra, el administrativo-urbanístico en cuanto al cumplimiento de las normas de planeamiento y disciplina urbanística, marco jurídico que necesariamente debe completarse con el apartado dedicado a disciplina urbanística.

La valoración que debe hacerse de estos epígrafes es positiva. Si bien puede resultar algo escasa en el conjunto del libro, esta circunstancia es salvada mediante un recorrido más que completo tanto por la Ley de Propiedad Horizontal como por la Ley Urbanística de Aragón, concretándose en esta última, los procesos de solicitud de licencia y procedimiento sancionador.

Por lo que respecta a disciplina urbanística, se alude a un aspecto importante y es el del alcance de ilegalidad institucional, dada por hecho y acep-

tada por todo el mundo que ha llegado a adoptar el cerramiento de balcones y galerías. Circunstancia que no es impedimento para que existan procedimientos de protección de la legalidad.

Si bien como indican los autores existen denuncias que llevan aparejadas procedimientos sancionadores, los motivos de iniciación se desvirtúan pasando del puramente urbano a simples problemas de «vendetta» vecinales. Para ello se pone como ejemplo un caso que sirve de análisis de cómo se desarrolla el proceso desde la interposición de denuncia hasta su resolución. Procedimientos que son acompañados mediante datos de las denuncias recibidas en el Departamento de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Zaragoza para el periodo comprendido entre 2002 y 2007.

Un aspecto interesante que no falta en el libro es el relativo a la importancia de la figura de la Comunidad de Propietarios como paso previo al que acuden los propietarios de las viviendas para acometer un cerramiento. Paradoja de dicho trámite y de las consecuencias irrelevantes del acuerdo adoptado frente al derecho urbanístico, aun a pesar de la convicción de la mayoría de los propietarios, que piensan que con su simple autorización se les faculta para emprender dicha obra.

Tal vez un apartado al que se le da demasiada extensión según mi opinión, es el relacionado con el negocio económico que supone la instalación de estos cerramientos. Mediante entrevistas a diversos agentes implicados como la Asociación Española de Fabricantes de Fachadas Ligeras y Ventanas (ASEFAVE) o instaladores, se da una visión de la realidad del día a día, así como de cuáles son los materiales y precios que conlleva una actuación de este tipo.

Por el contrario, si que resulta muy interesante y a la par novedosa las vinculaciones aludidas en el libro entre el cerramiento acristalado y la arquitectura solar pasiva. Una conexión entre conceptos que parece justificar la existencia de los mismos en base a criterios bioclimáticos y de eficiencia energética de la vivienda.

Destacado son los apartados destinados a comentar, desde una triple perspectiva, la problemática en las ciudades de Barcelona, Madrid y Zaragoza.

En ellos se puede apreciar una posición estricta como es la de la ciudad de Barcelona, que cuenta con una Ordenanza de Paisaje Urbano y en donde la acción tanto del Instituto de Paisaje Urbano y la Calidad de Vida como la Comisión Mixta de Paisaje Urbano tienen influencia decisiva en cuanto a la estrategia seguida en dicha ciudad frente a la acción de los vecinos. Vecinos que han llegado a agruparse en asociaciones y a elaborar un decálogo de compromisos e iniciativas que se recoge en el libro y que ayuda a visualizar



la problemática desde diferentes puntos de vista, tanto desde la perspectiva de la Administración como de los particulares.

La antítesis a Barcelona se presenta con la ciudad de Madrid en donde, como dicen los autores, hay una permisividad respecto a los cerramientos, siempre y cuando se vengan a cumplir una serie de requisitos expuestos y comentados en el libro haciendo referencia a la normativa del Plan General de Madrid, si bien parece que la circunstancia viene a evolucionar hacia un mayor control con la realización de un borrador del primer Plan de Paisaje de Madrid.

Puede decirse que la normativa urbanística no es que cambie con demasiada frecuencia y aparezcan regulaciones de la noche a la mañana, pues bien, esto es lo que ha sucedido para el caso de la ciudad de Zaragoza con los primeros pasos para el inicio de modificación de su PGOU relativa a cerramientos de galería.

Hecho que influye en gran parte en el encuadre de dicho trabajo, sobre todo en la parte dedicada a esta ciudad, si bien ya se advertía en el ensayo-estudio de las iniciativas políticas que se estaban llevando a cabo a finales de diciembre de 2007, semanas antes de la finalización del presente estudio.

No es que ello determine de manera negativa el trabajo, pero puede constituir un punto que completaría un más que interesante trabajo sobre todo cuando se proceda a la aprobación definitiva de la mencionada modificación.

A pesar de ello, la valoración del estudio-ensayo no puede ser más que recomendable. Ya sea, en primer lugar, por el tratamiento novedoso de una temática muy presente en el día a día de los Ayuntamientos y escasamente analizada como, en segundo lugar, por ser un estudio más que profuso de la situación desde todos los puntos de vista posibles tanto sociales, jurídicos, económicos como medioambientales que, además, presume de ser la primera vez que se cuantifica la dimensión de estos cerramientos en una ciudad tipo.

Una obra que concluye con unas conclusiones y posibles soluciones nada desdeñables que, como indican los autores, pueden estribar desde un pacto entre agentes implicados, hasta la legalización y creación de una especie de Plan Renove que favorecería un cambio de los cerramientos ya existentes para conseguir una mejora de la estética exterior de los edificios, todo ello en base a los datos del trabajo de campo que aparecen en el anexo y que dan una visión clarificadora de la realidad de la situación de los cerramientos existentes en los diferentes barrios de la ciudad de Zaragoza.

Nicolás Alejandro GUILLÉN NAVARRO

CONTRERAS CASADO, Manuel y SÁENZ LORENZO, Alfonso (editores): *Memorial democrático. Las primeras elecciones democráticas (15 de junio de 1977), treinta años después*, Asociación de Ex parlamentarios de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 2008, 416 páginas.

La Asociación de ex parlamentarios de las Cortes de Aragón, siguiendo una senda ya iniciada años atrás de rememoración y reflexión sobre la conformación de las piezas esenciales de nuestro sistema democrático abordada desde la exposición del testimonio personal de los protagonistas, ha editado el libro *Memorial democrático* que busca plasmar el recuerdo, las emociones, las sensaciones que provocó en los ciudadanos aragoneses una de las fechas emblemáticas en la construcción de nuestro sistema democrático-constitucional: las primeras elecciones democráticas, después de 41 años y cuatro meses de ayuno forzoso, celebradas el día 15 de junio de 1977. Para ello, los coordinadores de la obra, M. CONTRERAS CASADO, estudioso de nuestro constitucionalismo, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Zaragoza, y A. SÁENZ LORENZO, ex parlamentario que en su momento desempeñó un papel protagonista en nuestro parlamento regional y presidente de la Asociación, han contado con la colaboración de un nutrido número de personas, que desde la actividad política, esencialmente, pero también profesional, cultural o ciudadana han aportado su esfuerzo en la construcción de un espacio público libre y democrático como el que disfrutamos en la actualidad.

El libro aborda la cuestión desde la memoria, el recuerdo de los que vivieron y protagonizaron, cada cual a su manera, un acontecimiento crucial para el devenir de nuestro país, inserto en un tiempo incierto y temeroso, plagado de lo que luego hemos dado en denominar «momentos históricos». A la hora de abordar su lectura no debe olvidarse esta pretensión, no es un libro de historia, es un compendio de memorias y desmemorias, de anhelos y decepciones, que de todo hay, siempre subjetivas, cambiantes y difícilmente verificables. Recientemente nos recordaba SANTOS JULIÁ que «*conocer el pasado y rememorarlo son operaciones diferentes*», y esto último, rememorar, es lo que hace el libro en sus líneas, utilizando para ello la memoria que por definición no busca una verdad objetiva sino conmemorar un acontecimiento con el que se mantiene un vínculo especial, y del que se pretende deducir prescripciones para la acción política del futuro.

La obra se estructura en una introducción elaborada por el Profesor CONTRERAS CASADO, una primera parte, que agrupa los testimonios y recuerdos de políticos aragoneses que han tenido algún tipo de protagonismo en nuestra transición y que han desempeñado responsabilidades públicas a lo

largo de nuestra andadura democrática y una segunda parte, que recoge las aportaciones de ciudadanos que desde el ámbito de la cultura, la empresa, la universidad, el ejercicio profesional, recuerdan la intensa actividad de la emergente sociedad civil aragonesa o valoran el alcance y trascendencia de los acontecimientos vividos en aquellos días para el futuro de nuestro país y de Aragón.

CONTRERAS CASADO, en su introducción, contextualiza los recuerdos y percepciones que a continuación se desgranarán en el libro, en la serie de acontecimientos que configuran lo que se ha dado en denominar la «transición democrática». Es sobre este andamiaje, elaborado desde la perspectiva de la historia de los hechos y sistemas políticos y no desde la memoria, y por ello con pretensión de objetividad y de cierta universalidad, sobre el que se puede encajar y comprender adecuadamente el inevitable puzzle de sentimientos, sensaciones y perspectivas que alrededor de ese venturoso 15 de junio de 1977 vivieron y hoy recuerdan los colaboradores del libro. El análisis histórico-político de la transición democrática que realiza nos sirve de argamasa para comprender lo acontecido y lo que es más importante para interpretar adecuadamente las diversas memorias que confluyen en la obra. Por ello y por la dificultad que conlleva el comentario y recensión de una obra fragmentaria por naturaleza como la que nos ocupa, voy a prestar una particular atención en lo que en ella se expone.

Las elecciones de junio de 1977 fueron un hito, cualificado pero no el único, en un proceso, la transición política, que algunos han considerado comenzó con la muerte del General Franco y que CONTRERAS CASADO, a mi entender con acierto, califica como un punto de inflexión que no supuso el final de la crisis de descomposición del estado franquista ni el comienzo del proceso de cambio político. La muerte del dictador, que se produce inmersa en una crisis de legitimidad del régimen y de agudización del proceso de descomposición del Estado, aceleró las enormes contradicciones existentes en el seno de un sistema que de forma errática intentaba adecuar sus estructuras autocráticas a una sociedad que, como la española, había experimentado cambios cualitativos y vertiginosos en la década precedente.

El primer gobierno de la Monarquía, con Arias Navarro al frente, no rompe con la situación precedente ya que carece de voluntad transformadora, limitándose a través de la fracasada reforma Arias a pretender revitalizar las instituciones del régimen, sin alterar su naturaleza. Frente a ello, los partidos de la oposición, ilegales y con escasa implantación, que plantean la ruptura carecen de una estrategia de acción más allá de reproducir la clásica exigencia, reiterada en nuestra historia, de un gobierno provisional que convoque elecciones generales que inicie un proceso constituyente.

El verano de 1976, con el nombramiento por el Rey de Adolfo Suárez como nuevo Presidente del Gobierno, en medio de una desconfianza política y social generalizada hacia el candidato, supone un nuevo punto de inflexión que conlleva una aceleración en el ritmo de desaparición de los aparatos del régimen, y abre un proceso contradictorio de democratización de éste que cuenta con todas sus limitaciones sociales y políticas. Se abre con ello una estrategia de reforma desde la legalidad vigente a la que se opone como única alternativa la ruptura democrática y constituyente propugnada por las fuerzas de la oposición. La opción por la reforma, que cuenta con el impulso de la Corona desde el primer momento, pretende evitar una ruptura constituyente de difícil aceptación por los sectores del franquismo recalcitrante y por amplios sectores del Ejército, y como con tino afirma CONTRERAS CASADO venía impuesta por el hecho de que el Monarca había aceptado ser sucesor a la Jefatura del Estado en el marco y como consecuencia de la legalidad que pretende modificar y superar.

Lo que el autor da en denominar «*bases procedimentales del cambio*», se van a articular desde el poder fundamentalmente a través de la Ley para la Reforma Política (Ley de reforma para la ruptura, BLANCO VALDÉS, dixit), configurada formalmente como una «octava Ley Fundamental» pero que suponía una auténtica ruptura con la legalidad vigente, estableciendo no solo el cauce jurídico para la reforma sino consagrando el principio democrático como el motor de la misma. Para su aprobación se apeló directamente a la voluntad popular, mediante el emblemático referéndum de 15 de diciembre de 1976, cuyos resultados (72% de voto favorable, 23% de abstención, 1,97% en contra) permitieron relegar a los sectores continuistas del franquismo y visualizar nítidamente la voluntad de cambio de los españoles. La difícil y en cierta medida desorientada situación en que se encontraba la ilegal oposición democrática, queda plasmada, entre otros, en los testimonios de CEBRIÁN TORRALBA y A. SÁENZ LORENZO, que recuerdan como propugnando la abstención deseaban que el «sí» saliera adelante, y en el del periodista LUIS GRANELL, que explica la dificultad de hacer entender su posición abstencionista a la par que favorable al cambio ante sus compañeros de Mesa electoral. Sobre lo que no cabe duda es que a partir de ese momento la iniciativa política correspondió al Presidente Suárez, quedando la oposición inicialmente desplazada.

Una vez establecidas las bases procedimentales y obtenida la adecuada legitimación popular, desde el poder se afrontó la tarea de articular el pluralismo político, mediante la legalización de los partidos políticos y la convocatoria de elecciones. Desde diciembre de 1976 hasta junio de 1977, los acontecimientos se precipitaron, confrontando y confluyendo dos lógicas, que si inicialmente podían considerarse contrapuestas devinieron en complementarias: la política reformista desde arriba y las presiones y movilizaciones desde

abajo, especialmente las de un movimiento obrero particularmente combativo. En ese contexto, de confluencia entre la «reforma» y la «ruptura pactada», Suárez a través de pactos a izquierda y derecha, procedió a la legalización de los partidos políticos, incluido el Partido Comunista, concedió la amnistía política, disolvió el Movimiento y el Sindicato vertical, y convocó elecciones libres.

CONTRERAS CASADO no aborda específicamente la cuestión reiteradamente planteada en los últimos años sobre si la transición fue posible por la existencia de un plan perfectamente diseñado desde el poder o por la presión de «la calle», pero de su análisis resulta evidente que la movilización popular y de la oposición democrática condicionó el ritmo y el alcance de las reformas pero que la dirección y el sentido del cambio obedecieron a iniciativas y decisiones, éstas pactadas con la oposición, adoptadas por Suárez.

La reforma de la ley de asociaciones y el establecimiento de una legislación electoral eran dos medidas ineludibles para articular y hacer viable y creíble el pluralismo político que fueron adoptadas mediante sendos decretos-leyes. El relativo a las reglas electorales, materializando normativamente las directrices de la Ley de Reforma Política, cuya vigencia superó con creces la celebración de las primeras elecciones, estableció un sistema electoral que a través de la LOREG esencialmente ha llegado hasta nuestros días. Sus rasgos de representación proporcional, candidaturas completas, cerradas, bloqueadas, distribución de escaños mediante la regla D'Hont con el correspondiente beneficio para las grandes formaciones, establecimiento de barrera electoral en un 3% de la circunscripción electoral, son bien conocidas por cualquier persona medianamente avezada en las normas electorales que rigen en la actualidad la elección de miembros del Congreso de los Diputados. Idéntica circunstancia se reproduce en relación con el Senado, cuyas reglas esenciales subsisten en la actualidad, con la salvedad de la facultad que se reservaba el Rey de designar a 40 de sus miembros.

Por fin el día 15 de junio de 1977 tuvieron lugar las primeras elecciones generales celebradas después de nuestra incivil contienda, que abrieron la puerta al proceso constituyente. Su celebración supuso un hito esencial y decisivo en la transición política, tanto es así que para alguno de los colaboradores de la obra, como Julián CASANOVA, fue «*el primer eslabón para recuperar la democracia*». Quizá esta consideración, no por ello menos valiosa, pueda suponer a mi entender una devaluación implícita de los hechos y el proceso que la precedieron, por ello considero más ajustada a lo acontecido la calificación de BAYONA AZNAR que las considera como «*el gozne de la transición*», en clara referencia a la incidencia cualitativa de las mismas en el proceso de transformación política.

El resultado de las elecciones arrojó un cierto equilibrio de votos entre las fuerzas de derecha y centro-derecha, 45% de los votos, y las fuerzas de la izquierda, 44%, si bien la aplicación de la regla D'Hont benefició a las primeras que obtuvieron el 58,3% de los escaños frente al 41,7% de la izquierda. A pesar de esa corrección, que no puede decirse fuera indeseada por parte de quienes aprobaron la norma electoral, CONTRERAS CASADO valora positivamente que el sistema electoral aplicado en 1977 contribuyera a clarificar el espectro partidario, reduciendo la sopa de letras inicial de 161 formaciones políticas, a un reducido número de alternativas con apoyo electoral, con las consecuencias benéficas que ello tuvo para el incipiente sistema democrático español.

Resulta imposible en estas breves líneas referirse a todas y cada una de las colaboraciones que integran este libro. Algunas aportan el recuerdo de lo acontecido el mismo día 15 de junio de 1977, con especial referencia a su participación como ciudadanos, apoderados, asesores, integrantes de las mesas electorales o de Juntas Electorales o como candidatos. Otras realizan un recorrido sobre los acontecimientos habidos entre los años 1968-1977, con voluntad de realizar una cierta «arqueología» de la transición, y otras, en fin, exponen las vicisitudes y planteamientos de las incipientes formaciones políticas, a excepción del PCE que subterráneamente preexistía, a las que pertenecían. En todo caso su lectura ha resultado altamente gratificante. La emoción, la complicidad, la generosidad, y también una legítima satisfacción de haber participado en la transformación democrática de nuestro país impregnan sus líneas. Permítaseme, no obstante, centrar mi atención en una serie de cuestiones que a mi juicio nos permiten comprender con un mayor grado de precisión la percepción que de la jornada electoral y del proceso que le precedió tuvieron sus protagonistas.

Una de las controversias recurrentes en los últimos años, a la que ya he hecho referencia con anterioridad, consiste en determinar a quien debe atribuirse el mérito de la transición política española. Muchas líneas se han escrito al respecto en los últimos tiempos con mayor o menor acierto, a ellas me remito, lo que me interesa destacar es la percepción que al respecto tienen los colaboradores del libro que comentamos. En líneas generales la conclusión que podemos alcanzar es que fue necesaria la confluencia del impulso reformista del poder gubernamental y la Corona con el impulso y movilización de las fuerzas sindicales y de la oposición política, a la par que amplias dosis de generosidad y pragmatismo por todas las partes. DE ARCE MARTÍNEZ lo describe gráficamente al explicar que *«hubo un líder capaz de llevar adelante el proyecto, porque creía en él, que se llamó Adolfo Suárez. Amparado también por un Monarca discreto y empeñado en cambiar el modelo de España. Y con la complicidad de algunas figuras clave de la época, que supie-*

ron jugar un papel esencial con gran generosidad y sentido de estado. Felipe González y Santiago Carrillo, principalmente... La sociedad española tuvo un comportamiento impecable». Cuestión distinta es la admisión de la existencia de una estrategia preestablecida y perfectamente delimitada previamente desde el poder, que puedo afirmar no fue percibida así por sus protagonistas, en unos meses especialmente convulsos. BELLOCH JULVE, cuestiona esta tesis abiertamente al expresar que fueron «años de zozobra permanente», A. SÁENZ LORENZO afirma que «lo bueno del asunto es que lo acontecido en la transición no fue proyectado por nadie y muchas de las decisiones clave se impusieron por la fuerza de los hechos o la presión popular» y CRISTÓBAL MONTES lo describe con nitidez al afirmar que «sabíamos de donde veníamos; adonde no queríamos ir; teníamos dudas sobre hacia donde íbamos exactamente». FORCADELL ÁLVAREZ, resume esta valoración considerando que «la transición democrática fue un proceso mucho más improvisado e incierto de lo que nos vienen diciendo historiadores y politólogos, algo desconcertados».

En todo caso, a pesar de que siempre queda una cierta sensación de insuficiente reconocimiento, así Antonio LACLETA lo detecta en relación con Torcuato Fernández Miranda y Adolfo Suárez, creo que las ponderadas opiniones de BELLOCH JULVE y de PIAZUELO PLOU son exponentes de una valoración generalmente aceptadas. «Uno de los factores que más ayudó al éxito del proceso fue el sensato pragmatismo de mucha gente de la UCD,... que en general lo hicieron con sentido común y mano izquierda, abriendo poco a poco, sin grandes vacíos de poder, al río incontenible de la democracia» (BELLOCH JULVE).

El papel de la Iglesia ante el proceso democratizador encuentra atención solvente en las páginas de BAYONA AZNAR, Pilar DE LA VEGA, ALEMANY BRIZ, destacándose la lucha de cualificados sectores por evitar la identificación partidista de la Iglesia. En este sentido ALEMANY BRIZ, recuerda un documento de la Secretaría del Episcopado Español de mayo de 1977 en el que se afirmaba que no había ningún partido representativo de la Iglesia, que tan alejado de la actualidad inmediata nos resulta hoy. El singular papel que el Centro Pignatelli de Zaragoza desempeñó como lugar de reflexión y apoyo al impulso democratizador, sin filiación partidista, queda destacado a mi juicio con justicia en las páginas del Presidente del Seminario de Investigación para la paz.

Las consecuencias de la neutralidad partidaria de la jerarquía eclesial, junto con el papel desempeñado por la UCD, tuvo una directa incidencia en el fracaso de las candidaturas democristianas, que al igual que en el resto del Estado sufrieron un fuerte revés en las circunscripciones aragonesas. El testimonio de AVILÉS PEREA y MERINO HERNÁNDEZ es particularmente ilustrativo de la

frustración y desorientación provocada por los resultados electorales de los democristianos aragoneses, que concurrían en sendas candidaturas de Democracia Cristiana Aragonesa y de la coalición electoral formada por Gil Robles y Ruiz Giménez, que tuvieron como consecuencia la desaparición de esa opción electoral de nuestro espectro político.

La conformación de las fuerzas políticas representativas de la derecha y del centro, tanto las que mantenían ante el proceso de cambio una actitud más timorata como las que pretendían gobernar y dirigir la situación, se describe con claridad en las colaboraciones de ARCE MARTÍNEZ, BUIL GUIRAL, BIEL RIVERA, BOLEA FORADADA, CASADO MARTÍNEZ, GÓMEZ DE LAS ROCES, Antonio LACLETA, SOLANO CARRERAS, TEJERA MIRÓ, entre otros. Es sumamente ilustrativa la descripción del proceso de construcción de la Unión de Centro Democrático en Aragón, como partido político impulsado desde el poder para poder capitalizar la enorme popularidad y el empuje político del Presidente Suárez, con las sucesivas incorporaciones de ex táticos, socialdemócratas de Lasuén y Fernández Ordoñez, democristianos en la órbita de la CAZAR y de la familia Alierta, independientes... Destaca especialmente la imposibilidad de conseguir una lista que aglutinara al denominado «centro político», consecuencia de la irrupción de la Candidatura Aragonesa Independiente de Centro encabezada por Gómez de las Roces e Isaías Zarazaga, que obtuvo representación parlamentaria en Zaragoza, y que tanta incidencia ha tenido en el posterior devenir de la escena política aragonesa. En una España en la que la ausencia de cultura democrática era abrumadora y que como describe León BUIL *«estaba todavía anclada en el pasado reciente que, pese a la represión de las libertades, había traído una cierta prosperidad y el orden de la represión»*, la decidida apuesta los hombres de la UCD fue determinante para lograr el apoyo al nuevo sistema emergente de un importante sector de la ciudadanía temeroso del futuro y «apolítico a la fuerza». PIAZUELO PLOU, desde la otra orilla, reconoce *«el pueblo no se equivocaba: aunque nos costó entenderlo entonces, la gente que votaba UCD también votaba democracia»*.

Particular interés tiene el testimonio de dos representantes históricos de AP, Antonio LACLETA y CASADO MARTÍNEZ. LACLETA destaca el papel de chivo expiatorio que desempeñó su formación en esos comicios, asociado a las estructuras del viejo régimen, que a su juicio fue hábilmente aprovechado por la UCD para marcar distancias con el pasado. La jornada electoral le mostró, lo que no dejaba de ser novedoso en aquel momento, la relativa importancia de la supuesta excelencia de los candidatos y la fuerza de las siglas partidarias a la hora de decidir el voto y le lleva a concluir *«que la gente quería que desapareciera todo vestigio de la dictadura, pero sin dar un salto en el vacío»*. CASADO MARTÍNEZ recuerda los primeros pasos de AP en Aragón y en un artículo intelectualmente honesto realiza un ejercicio de



razón crítica sobre las circunstancias y los postulados que su partido esgrimió durante el proceso electoral, y la dificultad desde ellas de conectar con el electorado. El nulo espacio político disponible entre el centro y los inmovilistas, la excesiva apuesta por el prestigio de los candidatos en detrimento de otras variables (« *a los que se creen grandes estadistas las elecciones y los votos los convierten en simples políticos*»), la búsqueda de candidatos excesivamente vinculados con los poderes establecidos y en los pueblos de los caciques locales, la excesiva incidencia en las «esencias» patrias en detrimento de los problemas de los ciudadanos en una situación social deteriorada son, entre otras circunstancias, valoradas con lucidez por el veterano político conservador.

Por otra parte, el resultado de las elecciones generales generó no poca perplejidad en algunas formaciones de la oposición democrática, especialmente en el PSA y en el PCE. La conversión, por mor de la voluntad popular, del PSOE como principal partido de la oposición generó una conmoción que treinta años después palpita en las páginas de nuestro libro. Adolfo BURRIEL, Javier DELGADO ECHEVARRÍA, Juan José VÁZQUEZ, en aquel entonces integrados todos ellos en el PCE, describen sin inhibición alguna la decepción producida por unos resultados que suponían el 5,6% de los votos en Zaragoza, el 5,8% en Huesca y el 2,75% en Teruel y la no consecución de escaño alguno. Después de tantos años de política clandestina y de resistencia organizada y solitaria a la dictadura, Juan José VÁZQUEZ describe con nitidez las sensaciones de aquella noche electoral «*el Partido Socialista se había aprovechado de nuestro sacrificio de tantos años, y hasta Emilio Gastón, desde un pequeño burgués PSA, le quitaba el escaño que le correspondía por justicia a Vicente Cazzarra*». DELGADO ECHEVARRÍA recuerda el impacto en las sedes de la organización «*había quienes hacían cundir la rabia: ¡nos habían robado nuestro diputado!* Si de transmitir sensaciones se trata creo que poco más queda por decir al respecto.

El impacto del resultado electoral en el PSA, que había concurrido en coalición con el PSP de Tierno Galván en la denominada «Unidad Socialista», tuvo inicialmente un sabor agri dulce y a medio plazo un impacto demoledor. Como afirma BERNAD ROYO «*en las elecciones de junio no solo se dilucidaría el carácter constituyente o no de la cámara, sino que además estaban en juego los espacios políticos de los partidos*». Por ello, son comprensibles las sensaciones sentidas por BAYONA AZNAR que recuerda: «*recibí los resultados con más sorpresa que alegría*». La candidatura obtuvo en Aragón un total de 64.626 votos, consiguiendo ser la tercera fuerza política en Zaragoza, con más del 10% de los votos y obtener un escaño, pero como reflexiona Guillermo FATÁS «*cuando los ciudadanos fueron a votar, la victoria del PSOE fue arrolladora, 8 escaños, por uno del PSA, que ocupó Emilio Gastón. Los ara-*

*goneses que querían votar al socialismo, en mi opinión habían sentenciado el caso y el PSA tenía que resignarse a ceder el paso».*

La perplejidad por lo sucedido, la opción de los ciudadanos de izquierda por un partido de larga raigambre histórica, pero escasa presencia en los años previos a la transición, se observa con claridad en las palabras de SALANOVA ALCALDE: *«La influencia de la campaña a nivel estatal del PSOE venía a suplir el menor conocimiento de los candidatos y la escasa implantación del partido y a dejar sin premio la larga etapa anterior de trabajo y de lucha de otras formaciones y candidatos».* No obstante, quizá como consecuencia de pronunciarse más desde el análisis que desde la mera rememoración de lo vivido, no todos los protagonistas manifiestan idéntica perplejidad, ya que, como reseña José Carlos MAINER, *«la obtención del escaño de Emilio Gastón marcó, sin embargo, el paradójico principio de su final, y con el reparto de los restos electorales murió algo que había tenido mejor música que letra, más simpatía que peso, y seguramente más confusión y brillantez que orden y calculo».*

La hegemonía socialista en el campo electoral de la izquierda consecuencia, como diagnostica J.F. SÁENZ LORENZO, de la voluntad popular que decantó el papel de los diferentes partidos, fue conseguida como con honestidad reconoce A. SÁENZ LORENZO a costa de *«los más comprometidos y llevaban más tiempo en la pelea».* A su juicio *«en aquella época era previsible que solo un partido socialista de implantación nacional y con un liderazgo personal claro y atrayente tendría el respaldo mayoritario de los votantes de izquierda».* La identificación entre el PSOE y la memoria de lo que significó el Frente Popular, como analiza BERNAD ROYO *«pudo verse nítidamente que la España en que venció el Frente Popular en febrero de 1936 dio su confianza al PSOE en 1977»*, la personalidad de un líder carismático, y la introducción premontoria de técnicas electorales novedosas adecuadas a la emergente mercadotecnia y a los medios de comunicación de masas, que con nitidez recuerda ARBUÉS CASTILLO, *«la cartelería que se utilizó por parte del PSOE fue muy moderna, asesorada por expertos alemanes de la Fundación Fiedrich Ebert»*, fueron factores determinantes del resultado electoral y de sus consecuencias en la configuración política de la izquierda, también de la aragonesa.

La sociedad civil no estaba ausente, si bien mediante la actividad de sectores minoritarios pero socialmente muy activos, su presencia fue un factor determinante en todo el proceso. La febril actividad de los estudiantes universitarios, la movilización de los trabajadores con huelgas épicas como las del sector del metal, las reivindicaciones de las incipientes asociaciones vecinales, el dinamismo de los colegios profesionales, la actitud desprendida de muchos profesionales que participaron en la vida político-social, el activismo del mundo cultural, entre otros, integran lo que ARCE MARTÍNEZ da en denomi-

nar «*el aspecto coral de la sociedad-protagonista*», sin la que no es posible entender mucho de lo acontecido. La Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática, presentada al Senado por todas las fuerzas oposición democrática incluida la democracia cristiana de Gil Robles y Ruiz-Giménez, fue a mi juicio un reflejo de esa dinámica social descrita. El testimonio siempre entrañable y sabio de L MARTÍN-RETORTILLO, tristemente único superviviente de aquella experiencia, con acierto forma parte del presente Memorial.

Muchas cosas quedan en el tintero de esta breve reseña, muchos aspectos por resaltar. Como la sensación de miedo y temor de los años previos a la transición transmitida por los protagonistas de las acciones de oposición política al franquismo; la zozobra ante la permanente estrategia de inestabilidad ejecutada por las fuerzas del «bunker» y sus aledaños armados y por el terrorismo etarra, cuya siniestra existencia nos sigue condicionando hoy en día; la conmoción causada por el asesinato de los abogados laboristas de la calle Atocha de Madrid; la sensación de que la «cosa iba en serio» producida por la legalización del PCE; la clara voluntad de cambio sentida por la inmensa mayoría de la sociedad española con independencia de su ubicación política; el sentimiento de felicidad e irrevocabilidad del proceso, a pesar de las dificultades que le aguardaban, con motivo de la celebración de las elecciones; el tránsito de la desmesura ideológica que comporta la búsqueda de una sociedad perfecta a la organización de la mejor sociedad posible..., y tantas y tantas otras cuestiones que se apuntan en el libro.

Pero no quisiera acabar estas líneas obviando un fenómeno que, tras la normalización política que supusieron las elecciones del 15-J, se produjo en algunos sectores y que se insinúa en el transfondo de alguna de las aportaciones: el desencanto, que como recuerda José Carlos MAINER «*anidaba ya en nuestros espíritus*». El tránsito de la «experiencia total», casi mística, de la actividad antifranquista y de la barra libre ideológica que conlleva implícita toda experiencia de clandestinidad y de oposición, a la siempre prosaica realidad de un mundo «ordenado», en el que «*cada cosa estaba en su sitio*», en palabras de Mariano ANÓS; de las esperanzas desaforadas a «*pensar que es peligrosísimo, en política, tratar de redimir a nadie*» (Eduardo PAZ). Muchos de los protagonistas lo hicieron a su manera, desde la lúcida asunción de la decepción que rezuman las líneas de Mariano ANÓS, o la apacible y vital aceptación de la «normalidad» de Eduardo PAZ, o la política asunción de la democracia como proyecto humanamente abarcable que asoma en las líneas de quienes se ubicaban entonces en la denominada «extrema izquierda» o en el movimiento libertario, como Ricardo BERDIÉ o Javier LAMBÁN, hasta quienes, como este último nos recuerda, tristemente en busca de paraísos artificiales, «*emprendieron aventuras personales de las que ya no regresaron*».

En suma, un libro emotivo y útil tanto para los que buscan recordar un pasado cercano y remoto a la vez, como para los que quieran complementar los datos de la historia con los sentimientos y percepciones de la memoria. Un libro que acertadamente pretende, desde el recuerdo, mantener vivo el espíritu de aquellos días, que es la urdimbre de nuestra convivencia que convendría no olvidar, y que nos ayuda a valorar lo ingente de la tarea realizada. Una obra concebida desde la idea de que la democracia es «*como un jardín que hay que cuidar constantemente*». No todo está conseguido, demasiadas expectativas y jirones sociales y personales depositamos todos en este proceso como para creer que todo está logrado. Como recuerda con su habitual verbo incisivo CRISTÓBAL MONTES, parafraseando a un reconocido político europeo, «*donde el coraje civil no tiene asiento, la libertad no llega lejos*», y ello nos ubica ante un nuevo escenario de reflexión que no debemos olvidar, el de la calidad de la democracia. Pero eso ya es harina de otro costal que nuestra ciencia política y jurídica me consta se aprestan a abordar.

Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS

# REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Secretaria: CARMEN CHINCHILLA MARÍN

## Sumario del núm. 175 (enero-abril 2008)

Luis Morell Ocaña: *In memoriam*, por Santiago MUÑOZ MACHADO.

### ESTUDIOS

F. LÓPEZ RAMÓN: *La modernización de los recursos contra las calificaciones de los registradores de la propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación.*

C. CIERCO SEIRA: *Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres.*

J. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ MIRANDA: *El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional.*

L. MIGUEL MACHO: *Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español.*

E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El sistema descentralizador de las Comunidades Autónomas tras la Constitución de 1978.*

### JURISPRUDENCIA

#### I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *El concepto «víctima de una violación de los derechos» como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, O. MIR PUIGPELAT y J. TORNOS MAS)

O. BOUAZZA ARIÑO: *Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

#### CRÓNICA ADMINISTRATIVA

##### ESPAÑOLA Y COMUNITARIA

E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *Disfuncionalidades de la protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España. Especial referencia al caso Odyssey.*

J. L. BERMEJO LATRE: *La Administración y el derecho al honor.*

M.<sup>a</sup> T. NAVARRO CABALLERO: *El Derecho de aguas de Canarias. Especial consideración de los heredamientos y de las Comunidades de aguas insulares.*

I. REVUELTA PÉREZ: *La endeble garantía del servicio universal en las telecomunicaciones.*

M. ZAMBONINO PULITO: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.*

#### EXTRANJERA

X. LAZO VITORIA: *La evaluación ambiental estratégica de planes y programas en el Reino Unido y su aplicación al planeamiento urbanístico.*

M. A. BERNAL BLAY: *Crónica del Seminario sobre «O Novo Código dos Contratos Públicos». Oporto, 27 y 28 de septiembre de 2007.*

#### BIBLIOGRAFÍA

PRECIOS AÑO 2008 – SUSCRIPCIONES			
EN PAPEL	ELECTRÓNICAS	EN PAPEL Y ELECTRÓNICAS	NÚMERO SUELTO
53,00 €	53,00 €	85,00 €	19,00 €

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*

#### CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 – 28071 MADRID (España)

Teléfono (34) 91 4228 972, 91 4228 973 – Fax (34) 91 4228 970 – E-mail: suscripciones@cepc.es

Contabilidad y Pagos: Teléfono (34) 91 4228 940, 91 4228 944

www.cepc.es

# REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Secretaria: CARMEN CHINCHILLA MARÍN

Sumario del núm. 176 (mayo-agosto 2008)

## ESTUDIOS

- J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIU: *El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras.*
- L. TOLIVAR ALAS y E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: *Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.*
- C. BARRERO RODRÍGUEZ: *La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.*
- J. BERMEJO VERA: *El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.*
- J. CANTERO MARTÍNEZ: *Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo.*

## JURISPRUDENCIA

### I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

- S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA: *El plazo para el pago en el derecho de tanteo de bienes culturales. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2006).*
- M. BELTRÁN DE FELIPE: *Garantías procedimentales y sustantivas en la aplicación a los abogados de las correcciones disciplinarias previas en la LOPJ.*
- C. COELLO MARTÍN y F. GONZÁLEZ BOTIJA: *Sobre el carácter declarativo del reconocimiento de una denominación de origen: el Reglamento de la dominación de origen Rueda. Comentario a la STS de 3 de octubre de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4. Recurso núm. 6828/2003).*

### II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (T. FONT i LLOVET, A. GALÁN GALÁN, O. MIR PUIGPELAT y J. TORNOS MAS)

- O. BOUAZZA ARIÑO: *Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

### I. CRÓNICA ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

- J. J. MONTERO PASCUAL: *La Comisión Nacional del Sector Postal: una nueva Administración independiente reguladora.*
- A. PALLARÉS SERRANO: *La participación pública en el proceso de elaboración de planes y programas en materia de medio ambiente. Especial referencia a los planes hidrológicos de cuenca.*

### II. CRÓNICA IBEROAMERICANA

- J. J. HERNÁNDEZ: *El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas venezolana.*

## BIBLIOGRAFÍA

## RECENSIONES

<b>PRECIOS AÑO 2008 – SUSCRIPCIONES</b>			
<i>EN PAPEL</i>	<i>ELECTRÓNICAS</i>	<i>EN PAPEL Y ELECTRÓNICAS</i>	<i>NÚMERO SUELTO</i>
53,00 €	53,00 €	85,00 €	19,00 €

*Suscripciones, venta directa y pedidos por correo de números sueltos:*

**CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES**

Plaza de la Marina Española, 9 – 28071 MADRID (España)

Teléfono (34) 91 4228 972, 91 4228 973 – Fax (34) 91 4228 970 – E-mail: suscripciones@cepc.es

Contabilidad y Pagos: Teléfono (34) 91 4228 940, 91 4228 944

www.cepc.es